

Antonio COSCARELLI

Salvatore COSCARELLI

SVILUPPO ECONOMICO E SETTORE AGRICOLO

TRA REGOLE EURONAZIONALI E IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI



Prefazione di Ennio Stamile

Postfazione di Franco Petramala

Edizione E-Book

ABSTRACT

Il testo si propone come valido contributo al dibattito, sempre più partecipato ed interistituzionale, sulla programmazione dello sviluppo integrato e negoziato dei territori, con particolare riguardo al settore agricolo, sempre più importante e strategico per le politiche di sviluppo e di coesione, soprattutto dei territori più in ritardo dell'Unione e delle regioni del Mezzogiorno d'Italia, a cominciare dalla Calabria. Il testo, partendo dai nuovi e rilevanti impulsi programmatori e finanziari, derivanti dal Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR -2021/2026), oggetto di continui interventi di rimodulazione e di adeguamento, si sofferma sulla programmazione comunitaria dei fondi di coesione e di investimento 2021-2027 e sul Piano Strategico della Politica agricola comune (PS PAC 2023-2027) comprese le relative criticità. Si tratta di nuove straordinarie opportunità di sviluppo per le regioni più deboli, che impongono nuove capacità e più adeguate competenze digitali, tecniche ed amministrative da parte di amministratori e dirigenti delle pubbliche amministrazioni e degli operatori economici. In tale nuovo quadro regolatorio dei nuovi programmi di sviluppo, si innesta a pieno titolo il nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo n.36 del 31 marzo 2023), che si propone di semplificare le politiche pubbliche relative alla realizzazione degli investimenti in infrastrutture civili, energetiche e produttive, a cui il testo dedica la seconda parte, con ampi riferimenti a tutti i principali istituti ed ad una casistica essenziale di orientamenti giurisprudenziali. Le questioni affrontate: l'implementazione degli investimenti programmati con le risorse del PNRR 2021/2026 e della programmazione comunitaria 2021/2027; Il nuovo PS PAC; le questioni aperte delle infrastrutture idriche e degli interventi mancati sulle dighe esistenti e/o in progetto; la questione delle terre abbandonate, demaniali e civiche; la nuova imprenditorialità agricola emergente, che si riconosce e si caratterizza sempre più custode dell'ambiente e multifunzionale, sono messe a sistema in un quadro sinergico come è giusto che sia. L'esperienza maturata dagli autori Antonio e Salvatore Coscarelli, nei vari ambiti trattati nel testo, il primo per la prima e la terza parte ed il secondo per la parte seconda, è garanzia di validità ed utilità dell'opera compiuta. Ed ancora, i contributi pregevoli di approfondimento e di riflessione ad ampio raggio, offerti nella prefazione di Don Ennio Stamile e nella postfazione dell'Avvocato Franco Petramala, arricchiscono in modo significativo la qualità del testo.

INDICE

PREFAZIONE di Ennio Stamile*	7
PREMESSA	11
PARTE PRIMA	
LA PROGRAMMAZIONE DELLO SVILUPPO TERRITORIALE ED IL SETTORE AGRICOLO	13
1 - INTRODUZIONE AL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR)	13
2 - IL PNRR DOPO LA RIFORMULAZIONE DELLA COMMISSIONE UE DEL RECOVERY PLAN	15
3 - LE POLITICHE DI COESIONE DELL'UE	17
4 - LA POLITICA AGRICOLA COMUNE (PAC)	20
Tabella 1 - Interventi del Piano Strategico Pac di interesse per i Comuni	26
5 - I PROGRAMMI DI SVILUPPO RURALE 2023-2027 E RUOLO DEI COMUNI	27
Tabella 2 - Riparto fondi Sviluppo rurale	32
6 - IL SETTORE RURALE IN UNA REGIONE DEL SUD: LA CALABRIA, SECONDO I DATI CENSUARI DAL 1951 AL 2020	33
7 - LA PROGRAMMAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE STRATEGICHE	35
7.1- GLI INTERVENTI PER LO SVILUPPO DELLE AREE DI MONTAGNA E DI COLLINA	38
7.2 - L'IMPRESA AGRICOLA MULTIFUNZIONALE TRA AGRICOLTURA BIOLOGICA E LA MANUTENZIONE DEL TERRITORIO	42
7.3 - LE RISORSE IDRICHE E I DEMANI CIVICI DELLE AREE INTERNE	47
A) QUESTIONE IDRICA E INFRASTRUTTURE	48
PARTE SECONDA	
GLI APPALTI E IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI	59
8 - GLI APPALTI PUBBLICI E IL NUOVO CODICE EX D.LGS N.36/2023	59
8.1 - I PRINCIPI GUIDA NELLE PROCEDURE DEGLI APPALTI PUBBLICI	63
8.2 - LA DIGITALIZZAZIONE E L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL CICLO DI VITA DEGLI APPALTI	72
8.3 - LA PROGRAMMAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI, DEI SERVIZI E DEGLI ACQUISTI	74
8.4 - LA TRASPARENZA ED IL DIBATTITO PUBBLICO NEGLI APPALTI PUBBLICI	75
8.5 - IL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI	78
8.6 - IL CONFLITTO DI INTERESSE	80
8.7 - LA PROGETTAZIONE	81
8.8 - L'APPALTO INTEGRATO	84
8.9 - GLI INCENTIVI ALLE FUNZIONI TECNICHE	85
8.10 - LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE	87
8.11 - LA COMMISSIONE GIUDICATRICE	93

8.12 – I REQUISITI DI ORDINE GENERALE E LE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE	95
A) LE CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA	96
B) LE CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICHE	99
C) LA DISCIPLINA DELLA ESCLUSIONE	101
D) LE ESCLUSIONE PER “ILLECITO PROFESSIONALE GRAVE”	105
8.13 - I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE DEI PARTECIPANTI ALLE GARE	109
8.14- I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE	111
8.15 - IL SOCCORSO ISTRUTTORIO	113
8.16 - GLI IMPEGNI DELL’OPERATORE ECONOMICO	116
8.17 - L’AVVALIMENTO	117
8.18 - LE GARANZIE PROVVISORIE E DEFINITIVE.....	119
A) LA GARANZIA PROVVISORIA	119
B) LA GARANZIA DEFINITIVA	122
8.19 - LA SELEZIONE DELLE OFFERTE	126
8.20 - LA REPUTAZIONE DELL’IMPRESA	131
8.21 - LE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE.....	132
8.22 - LE VICENDE DEL CONTRATTO DI APPALTO	134
A) LA REVISIONE PREZZI	134
B) LE MODIFICHE CONTRATTUALI.....	136
C) LE PROROGHE ED I RINNOVI.....	141
D) LA CESSIONE DI CREDITI	143
8.23 - LA SOSPENSIONE DELL’ESECUZIONE.....	144
8.24 - LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO	146
8.25 - IL RECESSO DAL CONTRATTO.....	148
8.26 - ESECUZIONE O COMPLETAMENTO DI LAVORI, SERVIZI O FORNITURE IN CASI PARTICOLARI	150
8.27 - ANTICIPAZIONE DEL PREZZO E MODALITA’ E TERMINI DI PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO.....	152
8.28 - PENALI E PREMI DI ACCELERAZIONE	154
8.29 - IL SUBAPPALTO	155
9 - CONTRATTI PARTICOLARI NEI SETTORI ORDINARI	159
A) I SERVIZI SOCIALI.....	160
B) I SERVIZI ALLA PERSONA	161
C) GLI APPALTI RISERVATI	162

D) I SERVIZI DI RISTORAZIONE E I SERVIZI SOSTITUTIVI DI MENSA.....	165
10 - I CONTRATTI DI CONCESSIONE	167
11 - LA FINANZA DI PROGETTO O PROJECT FINANCING	176
12 - IL CONTRATTO DI LOCAZIONE FINANZIARIA (LEASING).....	180
13 - IL CONTRATTO DI DISPONIBILITA'	181
14 - I CONTRATTI DI PARTENARIATO SOCIALE	183
15 - CESSIONE DI IMMOBII IN CAMBIO DI OPERE.....	186
16 - L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI GLOBALI	187
17 - I LAVORI E LE PROCEDURE DI SOMMA URGENZA	189
18 - APPALTI PARTICOLARI NEI SETTORI SPECIALI:IL SETTORE IDRICO.....	195
19 - IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO	198
PARTE TERZA	
IL SISTEMA DI GESTIONE E DI CONTROLLO DEGLI APPALTI FINANZIATI DAI FONDI EUROPEI STRAORDINARI (PNRR 2021-2026) E DALLA PROGRAMMAZIONE COMUNITARIA ORDINARIA (2021-2027).....	201
20 - IL QUADRO REGOLATORIO.....	201
21 - IL SISTEMA DI GESTIONE E CONTROLLO DEL PNRR	202
23 - IL SISTEMA DI ATTUAZIONE E DI CONTROLLO DEGLI INTERVENTI COFINANZIATI DAL FEASR	211
24 - CONTROLLI DI CONFORMITÀ ALLA NORMATIVA SUGLI APPALTI E CONSEGUENZE IN CASO DI VIOLAZIONI	212
25 - LE CRITICITA’ DA SUPERARE NELLA GESTIONE DEI FONDI EUROPEI	214
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	216
POSTFAZIONE di Franco PETRAMALA	217
Nota bibliografica e sitografica	244

Proprietà letteraria riservata.

Gli autori non rispondono di eventuali danni derivanti dai dati e dalle notizie ivi contenuti, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera.

La foto in copertina rappresenta la diga sul fiume Esaro in località Farneta del Principe in Roggiano Gravina (CS)

Sito internet: www.diocesisanmarcoscalea.it

Edizione e-book pubblicata ad ottobre 2024

PREFAZIONE

di Ennio Stamile*

Sono ben lieto di presentare all'attenzione dei lettori questo volume scritto a due mani da Antonio e Salvatore Coscarelli. Ritengo sia un lavoro assai prezioso, perché offre a tutti l'opportunità di compiere un percorso virtuoso di conoscenza ed approfondimento, a mo' di manuale, sulla programmazione delle politiche comunitarie di sviluppo, PNRR 2021-2026 e di programmazione 2021-2027. Un testo indirizzato non solo agli "addetti ai lavori", amministratori pubblici e dirigenti di settore, che hanno il compito di essere continuamente aggiornati sulle norme di indirizzo della Comunità europea. Ma anche a tutti i cittadini di questa grande famiglia che è l'Europa, con la sua storia che affonda le sue radici proprio mentre cade uno dei più grandi imperi della storia della nostra umanità: l'Impero Romano. Dopo l'intuizione di Benedetto da Norcia di costruire quella che amo definire "la Città costruita sul Monte", l'abazia di Monte Cassino. Finalmente sorge una città che non gronda del "sangue del fratello" come quella costruita da Caino dopo l'uccisione del fratello Abele o come la stessa Roma costruita dopo l'uccisione di Remo. Una città dove ognuno è davvero fratello perché figlio di unico Padre di cui l'Abate ne è figura. Una città che sa unire e custodire le diversità di storie di popoli e di culture, ove queste ultime costituiscono, d'altro canto, il prezioso arazzo che compone, diversificandola, la stessa unità. Già a partire dal settimo secolo dopo Cristo, un gruppo di monaci si avventurava nella vastità dell'Europa contribuendo grazie alla riscoperta del lavoro, all'ora appannaggio degli schiavi, e all'inculturazione della fede, a fondarne le basi. Fino a quando due lungimiranti politici Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, nel periodo in cui erano stati confinati sull'isola di Ventotene per essersi opposti al regime fascista, idearono un progetto di unità europea redigendo il "Manifesto di Ventotene". Frutto di riflessioni sviluppatasi nel corso della cosiddetta "guerra dei 30 anni" che dal 1914 al 1945 ha sconvolto l'Europa, il Manifesto rappresenta un vero e proprio mutamento di paradigma essenziale nel progetto di un continente europeo unificato. Alcune tappe importanti hanno contribuito alla creazione dell'attuale Unione Europea dei 27 Stati membri: l'istituzione del Consiglio d'Europa nel 1949; la nascita della CECA, Comunità Europea del carbone e dell'acciaio nel 1951; i Trattati di Roma del 1957 che daranno vita l'anno successivo alla nascita del Parlamento Europeo e la CEE Comunità Economica

Europea; nel 1986 la firma dell'Atto Unico Europeo e poi i trattati di Maastricht del 1992 daranno vita ed impulso alla CE la Comunità Europea; vent'anni dopo il conio della moneta unica l'Euro; dopo altri passaggi istituzionali, nel 2007 con la firma del Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, l'Unione Europea ha assunto la struttura interna attuale. Il tempo presente ci vede testimoni del più rilevante processo di implementazione di politiche di programmazione negoziata in atto, finalizzate allo sviluppo ed alla coesione territoriale delle regioni dell'Unione europea con particolare riguardo alle aree più svantaggiate. Il Piano Nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR) 2021-2026, ne costituisce per consistenza di risorse impegnate e per gli impatti economici intersettoriali, di sostenibilità ambientale e di innovazione digitale uno straordinario architrave. A tale strumento straordinario si accompagna la programmazione comunitaria ordinaria del settennio 2021-2027, finalizzata come già in passato, al riequilibrio economico e sociale, attraverso i Fondi Strutturali e di investimento europei (Fondi SIE), in stretta integrazione con il Fondo nazionale complementare al PNRR (PNC). In tale quadro di riferimento è andata crescendo sempre più l'attenzione al ruolo strategico del settore agricolo, che in questi mesi ha richiamato l'attenzione delle istituzioni comunitarie e nazionali e dell'opinione pubblica europea, in conseguenza delle forti proteste, delle categorie ed associazioni interessate avvenute in tutti gli Stati dell'Unione, che hanno rivendicato una maggiore attenzione ai problemi di sostenibilità economica, sociale ed ambientale dei produttori agricoli. L'Unione europea, con il Piano Strategico PAC 2023-2027, si è proposta di dare un nuovo impulso alle politiche di sviluppo dell'agricoltura, quale settore multifunzionale in grado di offrire nuove opportunità di reddito, di occupazione qualificata, soprattutto giovanile, di sperimentazione ed innovazione produttiva e digitale in aree svantaggiate, perché interne e periferiche. Si tratta di cogliere, qui ed ora, tutte le opportunità che i tradizionali e nuovi strumenti di coesione e di sviluppo territoriali consentono di realizzare a favore dell'imprenditoria agricola, sostenendo sempre di più il ricambio generazionale in tutta la filiera agricola. In tale direzione è finalizzata non solo la Politica Agricola Comune (PAC) 2023 -2027, ma anche le politiche nazionali di cui la recente legge n.36 del 15 marzo 2024, costituisce una aggiornata ed integrata risposta (con misure ed agevolazioni finanziarie, creditizie, fiscali ed burocratiche ecc.) del legislatore nazionale per il sostegno e la promozione dell'imprenditoria giovanile nel settore agricolo sempre più multifunzionale. Con il settore agricolo e non solo,

si collegano i problemi delle carenze di acqua e delle infrastrutture idriche (reti di distribuzione e dighe già presenti, o da completare), ma anche la soluzione del problema dell'accesso alla terra, da parte dei giovani agricoltori, in presenza di rilevanti quote di terreni pubblici e privati abbandonati. La principale finalità del testo tende ad evitare che le straordinarie opportunità offerte alle comunità locali, vadano disperse o sprecate a causa di criticità di vario genere che hanno finora impedito alle regioni del mezzogiorno di superare la condizione di sottosviluppo rispetto alle altre aree dell'Italia e dell'Unione. Pertanto, l'attenzione riservata alla conoscenza piena degli ambiti del PNRR, della programmazione comunitaria e dei fondi strutturali e di investimento, della legislazione nazionale del settore agricolo ecc., della regolamentazione UE e nazionale, in materia di gestione, controllo e rendicontazione delle spese , insieme alla migliore possibile conoscenza dei principali istituti del nuovo Codice degli appalti (D.Lgs n.36/2023), non potrà che aiutare ad assumere maggiore consapevolezza in ordine alla possibilità di far uscire le regioni del Sud e soprattutto la Calabria e le sue zone interne e rurali dalla condizione di insufficiente sviluppo economico e sociale. Le classi dirigenti, politiche e burocratiche, del Sud e della Calabria , hanno il dovere prima etico e poi culturale e politico di superare senza indugio le zavorre rappresentate da sempre: da una carente qualità della programmazione degli interventi non sempre rispondenti ai bisogni ed alle priorità dei territori; da evidenti problemi di governance e da persistenti carenze istituzionali ed amministrative; da intollerabili lentezze nella realizzazione delle opere pubbliche (spesso indispensabili allo sviluppo economico e sociale della nazione e dei territori come nel caso delle infrastrutture idriche), che spesso ne determinano l'incompiutezza e la revoca dei finanziamenti; dall'elevata frammentazione degli interventi e della conseguente limitata dimensione unitaria che ne impedisce ogni sinergia tra gli stessi; e dalla assenza di idonei piani di manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere ed infrastrutture esistenti. Il tentativo del testo di affrontare tutte le varie problematiche di carattere normativo, economico e sociale è un sicuro viatico per addetti e non addetti ai lavori, utile a contribuire al superamento della crisi economica e sociale che continua ad affliggere soprattutto le aree interne della Calabria, dove l'agricoltura rappresenta il principale volano di sviluppo. Non è un caso che oltre alle istituzioni europee anche il legislatore nazionale abbia acquisito negli ultimi anni maggiore consapevolezza sull'importanza antropologica e culturale ancora prima che economica e sociale di questo

settore. La istituzione della Giornata nazionale dell'Agricoltura, disposta con la legge n.24 del 28 febbraio 2024, e le azioni anche educative per le scuole ivi previste, spingono a contrastare l'abbandono delle attività agricole e quindi lo spopolamento dei piccoli centri urbani e rurali delle aree interne. In tale direzione è compito delle istituzioni politiche ,delle istituzioni culturali e religiose e della società in genere, attraverso gli uomini e le donne che le animano, concorrere all' attuazione a tali obiettivi, facendosi carico di una rinnovata responsabilità, che è nel contempo etica e civile, per assolvere con onore ed al meglio ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale che il tempo che ci è dato vivere ci richiede, in piena sintonia con la dottrina sociale della Chiesa e con la Carta Costituzionale.

* Rettore UniRiMi

PREMESSA

Il presente testo, senza alcuna pretesa di esaustività, si propone di offrire un quadro di riferimento aggiornato sulla programmazione delle politiche comunitarie di sviluppo, sia straordinarie (PNRR 2021-2026) e sia ordinarie (Programmazione 2021-2027), tutte finalizzate allo sviluppo complessivo degli Stati e delle Regioni dell'Unione, all'insegna della coesione territoriale, della sostenibilità ambientale e della transazione digitale. Nell'ambito di tale quadro di riferimento, le politiche di Sviluppo rurale, sono divenute già dal secondo dopoguerra un "settore speciale", che il trattato istitutivo della CEE ha preso, a ragione, in particolare considerazione, tanto sotto il profilo della produzione agricola che dal punto di vista del commercio dei prodotti agricoli. In tale contesto, è sempre più avvertita ai vari livelli istituzionali la necessità di riservare al rilancio e valorizzazione dell'agricoltura una rinnovata attenzione culturale, e progettuale per le ricadute polivalenti ed intersettoriali che una agricoltura moderna e sostenibile è in grado di rappresentare a breve e lungo termine per l'economia, l'ambiente e l'occupazione nei diversi contesti territoriali (di pianura, collina e montagna). Il tutto tenendo conto che la agricoltura costituisce uno dei fondamentali ambiti di competenza delle Regioni, mentre spetta allo Stato la legislazione di principio e il finanziamento degli interventi, in concorso o meno con l'Unione europea e le singole regioni, in conformità all'art.117 della Costituzione, e alla legislazione euro unitaria e nazionale. In tale scenario, negli ultimi anni è andato accrescendosi il ruolo riconosciuto agli Enti Locali territoriali, soprattutto nelle Regioni dell'Unione in ritardo di sviluppo, come la Calabria, e nelle aree interne, a prevalente o esclusiva vocazione rurale.

Nel presente testo, si è cercato di realizzare un'attività di approfondimento essenziale, in modo prevalente sui temi connessi all'attuazione degli interventi nelle politiche di sviluppo territoriale, con particolare riguardo all'economia agricola delle aree interne, ed alle infrastrutture idriche, aventi queste ultime una funzione essenziale per le produzioni agricole, oltre a costituire una risorsa fondamentale per gli usi civili, industriali ed idroelettrici.

Sulle infrastrutture idriche (ovvero sulla costruzione e manutenzione di dighe e delle reti di distribuzione in particolare) l'attenzione finora riservata nelle sedi istituzionali è risultata insufficiente, rispetto alla necessità di accumulare l'acqua che a causa dei cambiamenti climatici, quando cade è sempre più in modalità alluvionale, dopo lunghi periodi di siccità, e

con reti di distribuzione fatiscenti che comportano perdite mediamente intorno al 42% dell'acqua immessa. Se poi si rilevano le tante infrastrutture (nuove dighe e reti) da tempo progettate e/o cantierate con enormi pregressi esborsi di risorse pubbliche, ma ancora oggi ferme o incompiute, per le più disparate ragioni, ci si rende conto dell'urgenza di intervenire , ai vari livelli istituzionali e di governance, per realizzare entro il settennio 2021-2027 della nuova programmazione comunitaria, almeno le opere già progettate e avviate, indispensabili a garantire i fabbisogni idrici civili e produttivi nazionali , dove il solo settore agricolo assorbe circa il 60% dell'intera domanda di acqua del Paese, seguito dal settore industriale ed energetico con il 25% e dagli usi civili per il 15 %. Si tratta di ambiti, di competenza, oltre che dell'Unione Europea e dei Governi, anche degli enti locali territoriali per gli interventi, finanziati e/o cofinanziati dalle Politiche europee e nazionali, ed in particolare dai Programmi di sviluppo rurale (PSR), dai Regolamenti comunitari, che sono alla base del Piano Nazionale di ripresa e di resilienza nazionale (PNRR 2021-2026), dai fondi strutturali e di investimento europei (SIE), e dal Piano Strategico Nazionale delle Aree Interne (PSNAI),nell'ambito della programmazione comunitaria 2021-2027.

Inoltre, in questo articolato percorso , assumono una valenza cruciale le nuove norme sugli appalti pubblici, di cui al Codice emanato dal legislatore nazionale con D.Lgs n.36 del 31 marzo 2023 (in vigore dal 31 Marzo 2023 ma efficace ed a regime dal 1 luglio 2023), sul quale si è realizzato un approfondimento degli istituti fondamentali, la cui conoscenza è funzionale all'implementazione delle politiche di sviluppo integrato e territoriale, anche con il supporto di orientamenti interessanti della giurisprudenza amministrativa e civilistica in materia di contratti pubblici.

PARTE PRIMA

LA PROGRAMMAZIONE DELLO SVILUPPO TERRITORIALE ED IL SETTORE AGRICOLO

1 - INTRODUZIONE AL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR)

L'avvento della programmazione negoziata e delle politiche di sostegno allo sviluppo dei territori, di cui alla legge n.662/1996, costituiscono l'architrave del percorso che si intende qui realizzare, in quanto frutto soprattutto delle riforme nazionali tese a recepire le indicazioni dell'Unione europea sulla promozione dello sviluppo "dal basso" e sulla valorizzazione delle vocazioni e delle caratteristiche dei territori. A tal fine, lo strumento più riconosciuto ed implementato per attuare le politiche di sviluppo è il "partenariato", ovvero l'"accordo di partenariato", che è il luogo in cui si raccolgono i bisogni e le domande che le comunità dei territori esprimono per l'attuazione delle politiche di coesione comunitarie. Nell'ambito della programmazione dei fondi comunitari 2021-2027, per le aree interne, in particolare, l'attuazione delle strategie di sviluppo territoriale, avviene tramite la sottoscrizione di accordi di programma-quadro, ex art.2, comma 203, lettera c), della legge n.662/1996.

In tale quadro di riferimento possiamo inquadrare la programmazione nazionale scaturita a seguito dello strumento Next generation EU, che il 27 maggio 2020 la Commissione Europea, a seguito della pandemia da COVID-19, ed alla conseguente crisi economica, ha proposto al Consiglio dell'Unione. Uno strumento dotato di 750 miliardi di euro, oltre ad un rafforzamento mirato delle risorse nel bilancio a lungo termine dell'UE per il periodo 2021-2027. Il 21 luglio 2020, il Consiglio Europeo ha approvato il pacchetto.

Con l'approvazione delle risoluzioni del 27 aprile 2021, il Parlamento italiano ha approvato l'operato del Governo per la redazione del PNRR ed ha impegnato il predetto a trasmettere il predetto Piano nazionale di ripresa e di resilienza alla Commissione europea.

Il Piano adottato si articola in sedici Componenti, raggruppate in sei Missioni. Queste ultime sono articolate in linea con i sei pilastri menzionati dal Regolamento (UE) 2021/241 del parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la

Ripresa e la Resilienza, (Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 18.2.2021). Le sei grandi aree di intervento, cd. Pilastri, sono i seguenti:

- 1) Transizione verde;
- 2) trasformazione digitale;
- 3) Crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva;
- 4) Coesione sociale e territoriale;
- 5) Salute e resilienza economica, sociale e istituzionale;
- 6) Politiche per le nuove generazioni, l'infanzia e i giovani.

Per le finalità del presente testo, ci si limita a richiamare la parte del PNRR relativa alle "Riforme ed Investimenti".

A tal fine, i Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza sono innanzitutto piani di riforma, ovvero le riforme postulate sono parte integrante dei piani nazionali.

Sulla base delle predette premesse, la realizzazione del programma di riforme ed investimenti di cui al PNRR, si muove su quattro assi principali:

- a) Accesso, per snellire e rendere più efficaci e mirate le procedure di selezione e favorire il ricambio generazionale nelle P.A.;
- b) Buona amministrazione, per semplificare norme e procedure;
- c) Competenze, per allineare conoscenze e capacità organizzative alle nuove esigenze del mondo del lavoro e di una amministrazione moderna;
- d) Digitalizzazione, quale strumento trasversale per meglio realizzare queste riforme¹.

In questa sede, nell'ambito dell'asse "Buona amministrazione, per semplificare norme e procedure", assume una valenza particolare la "semplificazione in materia di contratti pubblici".

Si tratta di un obiettivo finalizzato ad assicurare la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni, che il PNRR ritiene obiettivo essenziale per l'efficiente

¹ cfr. PNRR, Piano Nazionale di Riprese e Resilienza -Next generation Italia, su Il Sole 24 Ore Speciale 1/3 Le Riforme, 6 maggio 2021, pag.45.

realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia (...). Tale semplificazione deve avere ad oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione programmazione e progettazione"¹

In attuazione del PNRR, il legislatore nazionale ha prima approvato la legge delega n.78 del 21 giugno 2022 (recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), e successivamente il Governo ha approvato il Codice dei Contratti Pubblici, con D.Lgs n.36 del 31 marzo 2023, i cui contenuti verranno illustrati nel presente testo.

2 - IL PNRR DOPO LA RIFORMULAZIONE DELLA COMMISSIONE UE DEL RECOVERY PLAN

A seguito di un complesso percorso di negoziazione promosso dal Governo italiano a fine luglio 2023, la Commissione europea ha approvato la rimodulazione del PNRR italiano con l'inserimento di 145 misure nuove e modificate e il recepimento del capitolo del RePower EU, finalizzato a rendere l'Europa indipendente dai combustibili fossili russi prima del 2030. In base alle correzioni validate dall'UE, il PNRR italiano passa da una dotazione finanziaria di 191,5 miliardi a 194,4 miliardi di euro (di cui 122,6 miliardi in prestiti e 71,8 miliardi in sovvenzioni e prevede 66 riforme, sette in più rispetto al piano originale (rectius 'originario'), e 150 investimenti². Nello specifico, "il PNRR italiano in versione riveduta e corretta punta decisamente sulla transizione verde, allocando il 39,5% dei fondi disponibili su misure finalizzate a centrare gli obiettivi climatici (in aumento rispetto al 37,5 % del piano originario)"³. Per quanto riguarda la ripartizione delle risorse della predetta rimodulazione del PNRR si rilevano le seguenti principali voci di spesa:

- 6,3 miliardi di euro per la Transizione 5.0, che prevede incentivi per quegli investimenti in beni e attività che generino risparmi energetici);
- 2 miliardi di euro per i contratti di filiera in agricoltura (intesi come contratti unificanti le fasi di produzione, trasformazione, commercializzazione e distribuzione dei prodotti

¹ cfr. PNRR, op. cit. pag.65.

² cfr. Francesco Cerisano, "Dal Pnrr 21mld per la cresciuta", su Italia Oggi del 25 novembre 2023, pag.27.

³ idem

agricoli e agroalimentari);

- 2,5 miliardi di euro per il supporto al sistema produttivo;
- 1,8 miliardi per la realizzazione e rafforzamento strategico di reti elettriche e del gas;
- 1 miliardo per finanziare interventi di contrasto alla dispersione idrica ;
- finanziamento di un Fondo di 1,38 miliardi per famiglie a basso reddito e giovani per l'efficientamento energetico degli immobili di edilizia abitativa pubblica e dei condomini;
- 1 miliardo per favorire l'accesso al mercato del lavoro;
- 718 milioni per i giovani;
- 750 milioni per l'assistenza domiciliare integrata e la telemedicina;
- 320 milioni per il supporto alle PMI per l'autoproduzione di energia da fonti rinnovabili¹

Ed ancora, "si dovrà allargare il raggio di azione degli interventi pro concorrenza, che dovrà abbracciare anche settori come farmacie, assicurazioni e gas e abbattere le barriere all'ingresso per chi vuole avviare un'attività commerciale. Per cancellare i ritardi nei tempi di pagamento della P.A., rispetto ai 30 giorni (60 in sanità) imposti dalle regole europee - per i quali l'Italia è stata appena deferita per la seconda volta alla Corte di Giustizia UE - ci sarà un anno in più (fine 2024) invece dei 15 mesi proposti dal Governo, con l'impegno però a supportare anche in termini di liquidità gli enti più in affanno. Un calendario più disteso ma collegato ad azioni di accompagnamento più forti, investe poi anche le riforme di giustizia e appalti"².

In particolare per il settore rurale, 850 milioni sono destinati alle aziende agricole e di allevamento che installino pannelli fotovoltaici, sistemi di gestione intelligente dei consumi elettrici e accumulatori, e per incentivare il montaggio di tetti energetici. Quindi, è l'agricoltura tra i maggiori beneficiari della revisione, visto che le risorse per il predetto

¹ idem

² cfr. Manuela Perrone, Gianni Trovati, "Pnrr, rivisti 145 obiettivi al Repower solo 11,2 miliardi", su Il Sole 24 Ore del 25 novembre 2023, pag.2.

settore sono passate da 3,6 a 6,5 miliardi¹

3 - LE POLITICHE DI COESIONE DELL'UE

La politica di coesione perseguita nell'Unione europea, è la politica volta a ridurre le disparità di sviluppo fra le regioni degli Stati membri e a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva.

La disciplina dei fondi strutturali, che è il perno della politica di coesione, è contenuta nel Regolamento (UE) n.1303/2013 del 17 dicembre 2013, il quale prevede azioni integrate per lo sviluppo territoriale delle zone urbane, delle zone rurali, delle zone costiere e di pesca e delle zone con caratteristiche territoriali speciali².

Inoltre, i regolamenti comunitari che governano il ciclo di investimenti della politica di coesione europea per il periodo 2021-2027, sono stati approvati dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione in data 17 dicembre 2020, e sono entrati in vigore il 1 luglio 2021³.

Si tratta degli strumenti che disciplinano l'utilizzo dei fondi strutturali e d'investimento europei per il periodo 2021-2027, che hanno una dotazione complessiva di 373 miliardi di euro a prezzi correnti, che comprende i seguenti regolamenti:

- a) Il Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta (Just Transition Fund - (JFT) del valore complessivo di 19,2 miliardi di euro a prezzi correnti (7,5 miliardi di euro a prezzi 2018, integrati da ulteriori 10 miliardi di euro a prezzi 2018 dal Next Generation (UE);
- b) Il Regolamento (UE) 2021/1058 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), del valore di 226 miliardi di euro, e al Fondo di coesione (FC), del valore di 48 miliardi di euro (FC di cui l'Italia non è beneficiaria);

¹ cfr. Antonella BACCARO, Recovery fase 2 Vincitori e vinti - PNRR, su L'Economia del Corriere della Sera del 4 luglio 2023, pag.4.

² cfr. Regol.(UE) n.1303/2013 del 17 dicembre 2013 - in G. U. dell'UE del 20 dicembre 2013, serie L.347/320.

³ G.U. dell'UE del 30 giugno 2021, serie L231.

- c) Il Regolamento (UE) 2021/1059 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante disposizioni specifiche per l'obiettivo "Cooperazione territoriale (CTE) - (Interreg)", sostenuto dal Fondo europeo di sviluppo regionale e dagli strumenti di finanziamento esterno. Con una dotazione di 9,1 miliardi di euro a prezzi correnti (8 miliardi di euro a prezzi del 2018), "Interreg" interviene nella cooperazione territoriale in Europa nell'ambito delle sue diverse componenti (transfrontaliera, transnazionale e interregionale).
- d) Il Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna (omissis)¹

Nel quadro regolatorio appena descritto, un'attenzione particolare viene rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali e demografici. Tale politica trova fondamento nell'art.119 della Costituzione e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

Il ciclo di programmazione 2021-27 della politica di coesione dell'Unione europea, in continuità con i precedenti cicli è finalizzata a raggiungere la coesione economica, sociale e territoriale riducendo le disparità fra le diverse regioni degli Stati membri. Le risorse dell'Unione europea previste nell'Accordo di partenariato del 19 luglio 2022, ammontano a circa 43, 1 miliardi di euro di risorse dell'UE, alle quali si aggiungono le risorse derivanti dal cofinanziamento nazionale, per un totale di risorse finanziarie programmate per il settennio 2021-2027, pari a oltre 75 miliardi di euro complessivi.

La strategia dell'Accordo di Partenariato è articolata su 5 obiettivi strategici di policy:

1. un'Europa più competitiva e intelligente attraverso la promozione di una trasformazione economica intelligente e innovativa;

¹ cfr. Regione Lombardia – Coesione Italia 21-27, I Regolamenti per la Politica di Coesione 2021-2027, Milano, settembre 2023.

2. un'Europa resiliente e più verde a bassa emissione di carbonio attraverso la promozione di una transizione verso un'energia pulita ed equa; di investimenti verdi e blu, dell'economia circolare, dell'adattamento ai cambiamenti climatici e della prevenzione e gestione dei rischi;
3. un'Europa più connessa attraverso il rafforzamento della mobilità e della connettività regionale;
4. un'Europa più sociale e inclusiva; attraverso l'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali;
5. un'Europa più vicina ai cittadini attraverso la promozione dello sviluppo sostenibile e integrato delle aree urbane, rurali e costiere e delle iniziative locali.

I predetti obiettivi si attuano attraverso i 38 programmi regionali promossi da tutte le regioni e le Province Autonome (cui sono riservati circa 48,5 miliardi di euro) e 11 Programmi Nazionali (cui sono riservati 25,6 miliardi di euro), a titolarità delle Amministrazioni centrali¹.

Complessivamente possiamo affermare che anche il nuovo ciclo di programmazione delle politiche comunitarie 2021-2027, rinnova l'interesse eurounitario a intervenire sullo sviluppo complessivo dell'Italia, con una particolare attenzione al settore primario delle regioni in ritardo come la Calabria. Si tratta di miglioramenti di carattere produttivo, economico e sociale che potranno essere conseguiti almeno a medio-lungo termine se soprattutto si inciderà su variabili strategiche fondamentali per lo sviluppo complessivo di un settore, quello agricolo sempre più interconnesso con quello industriale, del turismo e del terziario avanzato, se si sapranno soprattutto affrontare e risolvere i problemi strategici che ne ostacolano il rilancio, ed in particolare quelli legati alla "questione idrica", alla gestione dello enorme patrimonio dei terreni del demanio pubblico, ed all'assistenza e sperimentazione tecnica sempre più necessaria anche in relazione ai cambiamenti climatici in atto².

¹ cfr. Agenzia per la coesione territoriale, I principi e gli obiettivi della Politica di coesione - Programmazione 2021-2027, su agenziacoesione.gov.it.

² cfr. Agenzia per la Coesione territoriale, Accordo di partenariato 2021-2027, su agenziacoesione.gov.it.

4 - LA POLITICA AGRICOLA COMUNE (PAC)

La politica comune in materia di agricoltura (e pesca) rappresenta dall'inizio dell'Unione (già CEE), uno strumento di supporto fondamentale per la creazione del mercato comune prima, e poi del mercato interno (cfr.artt.38-44 TFUE).

In particolare, nelle disposizioni del titolo III del TFUE, è specificata l'inclusione dell'agricoltura (e della pesca) nell'ambito del mercato interno. Infatti, "il mercato interno comprende l'agricoltura, la pesca e il commercio dei prodotti agricoli" (cfr.art.38, par.1, co.2, TFUE).

Inoltre, la politica agricola comune (PAC), si configura come politica dei mercati. La necessità dell'intervento dell'Unione in tale settore, ex art.4, paragrafo 2, lettera d, TFUE, nasce dall'incapacità del mercato agricolo di seguire l'espansione generale dell'economia ove lasciata al libero gioco del leggi di mercato. Le finalità perseguite dalla politica comune in materia agricola sono, ex art.39 TFUE, in particolare: l'incremento della produttività dell'agricoltura, anche sviluppando il progresso tecnico e il migliore impiego dei fattori produttivi tra cui la forza-lavoro; la stabilizzazione dei mercati; la garanzia di un tenore di vita equo alla popolazione agricola; la garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti; la garanzia di prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori. Tali obiettivi consentono di evidenziare "il collegamento tra la PAC e le altre Politiche dell'Unione, in particolare la politica sociale, la politica di protezione dei consumatori e la politica economica"¹.

La politica agricola comune (PAC) è delineata nella "Rubrica di spesa n.3 Risorse naturali e ambiente (Agricoltura, sviluppo rurale affari marittimi, pesca, ambiente, clima)" del nuovo Quadro Finanziario pluriennale (QFP) UE per il settennio 2021-2027, approvato dal Parlamento Europeo nella seduta del 17 dicembre 2020.

Lo stanziamento totale della nuova PAC ammonta a 386,6 Mld€, suddivisi tra i due fondi tradizionali rispettivamente: "Pagamenti diretti" e "Sviluppo rurale".)

Si tratta dei cd. "due pilastri" della PAC:

- Il "Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA), 1° Pilastro, che dispone di una

¹ cfr. Chiara CAVALLARI, Compendio di diritto dell'Unione Europea, Nel diritto editore, pag.302.

dotazione totale di 291,1 Mld€, di cui fino a 270 Mld€, potranno essere forniti per regimi di sostegno al reddito, mentre il resto sarà dedicato al sostegno dei mercati agricoli.

- Il "Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR)", II° Pilastro della PAC, di cui la dotazione totale ammonta a 95,5 Mld€, inclusi 8,1 Mld€. Provenienti da "Next Generation EU". A proposito di questo secondo pilastro va precisato che nel ciclo 2014-2020 il FEASR è stato uno dei cinque fondi inclusi nel quadro del Fondi strutturali di investimento europei (SIE), destinati a sostenere investimenti mirati allo sviluppo economico sostenibile dei territori dell'UE. Trattasi di un fondo che dopo il periodo transitorio 2021-2022, viene meno dal "quadro comune" delle Politiche di coesione, per rientrare nel quadro dei "Piani Strategici della PAC e dei relativi regolamenti. Venendo ora alle azioni di PAC in corso, rileviamo che il Regolamento (UE) 2020/2021 approvato dal Parlamento Europeo il 17 dicembre 2020 e dal Consiglio in data 23 dicembre 2020, ha prorogato per il biennio 2021-2022, la maggior parte delle norme del quadro PAC 2014-2020, con l'obiettivo di garantire agli agricoltori ed agli altri beneficiari la continuità del sostegno giuridico e finanziario della PAC, in attesa dell'entrata in vigore delle nuove norme nel 2023, lasciando agli Stati membri il tempo necessario per elaborare i propri piani strategici nazionali, in conformità alle previsioni della nuova legislazione sulla PAC.

In base al predetto Regolamento transitorio, la dotazione complessiva di Sviluppo Rurale degli Stati membri per il biennio 2021-2022 ammonta a 34,96 Mld€, di cui: 26,88 Mld€ di risorse ordinarie, (14,78 miliardi per il 2021 e 12,10 miliardi per il 2022), provenienti dal Quadro finanziario pluriennale dell'UE per il periodo 2021-2027 (QFP); 8,07 Mld€ di risorse aggiuntive, di cui 2,39 Mld€ per il 2021 e 5,68 miliardi per il 2022, provenienti dallo strumento temporaneo per la ripresa Next Generation EU. La dotazione finanziaria complessiva dei PSR italiani è pari a 6,91 Mld€ (a prezzi correnti), di cui:

- 6 Mld€ di risorse ordinarie, vale a dire 3 Mld€ in quota Feasr (1,65 miliardi per il 2021 e 1,35 miliardi per il 2022) ed altri 3 miliardi di cofinanziamento nazionale;
- 910,6 M€ di risorse aggiuntive FEASR provenienti dal Ngeu (269,4 milioni per il 2021 e 641,2 milioni per il 2022), per le quali non sussiste l'obbligo di cofinanziamento

nazionale.

Non è superfluo precisare, per il biennio 2021-2022, che le Autorità di Gestione dei programmi regionali di Sviluppo Rurale avranno tempo fino al 31 dicembre 2025 per spendere le risorse comunitarie e chiudere i rispettivi programmi.

Relativamente alla PAC 2023-2027 la nuova modalità di governance, prevede un unico strumento di programmazione, che è il Piano Strategico Nazionale PAC, che include i "pagamenti diretti", gli interventi settoriali delle Organizzazioni Comuni di Mercato (OCM) e lo Sviluppo rurale, finanziati dai due Fondi FEAGA e FEASR¹.

Il Piano Strategico Nazionale della PAC 2023-27, presenta le seguenti caratteristiche principali:

- La transizione ecologica del settore agricolo, alimentare e forestale;
- l'agricoltura e la zootecnia biologica;
- Un Investimento importante è previsto sul benessere animale per il rilancio della zootecnia sostenibile;
- E' previsto un sistema di aiuti al reddito più equo e alle parità di genere;
- E' riservata una maggiore attenzione ai comparti produttivi con maggiori difficoltà;
- Sono previsti nuovi strumenti di gestione del rischio, in grado di garantire una più ampia partecipazione degli agricoltori; inoltre è rafforzata la competitività delle filiere;
- E' prevista una maggiore equità e sicurezza nelle condizioni di lavoro e i giovani come patrimonio per il futuro;
- Sono valorizzate diversità e attrattività delle aree rurali;
- E' incentivata la diffusione della gestione forestale sostenibile;
- E' previsto un sistema della conoscenza (AKIS) a servizio della competitività e della sostenibilità.

Inoltre, gli obiettivi specifici sui quali risulta incardinata la strategia nazionale sono 9, oltre

¹ Cfr. IFEL- Dipartimento Supporto ai Comuni e studi politiche europee, Sviluppo Rurale 2023-2027: Quadro programmatico e ruolo dei Comuni", gennaio 2023, pag.4.

all'obiettivo AKIS che è trasversale: Questi sono:

- OS1 "Sostenere un reddito agricolo sufficiente e la resilienza del settore agricolo in tutta l'UE al fine di rafforzare la sicurezza alimentare a lungo termine, e la diversità agricola, nonché garantire la sostenibilità economica della produzione agricola";
- OS2 "Migliorare l'orientamento al mercato e aumentare la competitività dell'azienda agricola nel breve e nel lungo periodo, anche attraverso una maggiore attenzione alla ricerca, alla tecnologia e alla digitalizzazione";
- OS3 "Migliorare la posizione degli agricoltori nella catena di valore";
- OS4 "Contribuire alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento ad essi, anche attraverso la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e il miglioramento del sequestro del carbonio, nonché promuovere l'energia sostenibile";
- OS5 "Favorire lo sviluppo sostenibile e un'efficiente gestione delle risorse naturali come l'acqua, il suolo e l'aria, anche attraverso la riduzione della dipendenza chimica";
- OS6 "Contribuire ad arrestare e invertire la perdita di biodiversità, migliorare i servizi ecosistemici e preservare gli habitat e i paesaggi";
- OS7 "Attrarre e sostenere giovani agricoltori e i nuovi agricoltori e facilitare lo sviluppo imprenditoriale sostenibile nelle zone rurali";
- OS8 "Promuovere l'occupazione, la crescita, la parità di genere, inclusa la partecipazione delle donne all'agricoltura, l'inclusione sociale e lo sviluppo locale nelle zone rurali, compresa la bioeconomia circolare e la silvicoltura sostenibile";
- OS9 "Migliorare la risposta dell'agricoltura dell'UE alle esigenze della società in materia di alimentazione e salute, compresi alimenti di alta qualità, sani e nutrienti prodotti in modo sostenibile, ridurre gli sprechi alimentari nonché, migliorare il benessere degli animali e contrastare le resistenze antimicrobiche";

Obiettivo AKIS: Modernizzare l'agricoltura e le zone rurali promuovendo e condividendo le conoscenze, l'innovazione e la digitalizzazione e incoraggiandone l'applicazione da parte degli agricoltori attraverso un migliore accesso alla ricerca, all'innovazione, allo scambio di conoscenze e alla formazione".

Le risorse finanziarie del Piano Strategico Pac (PSP) 2023-2027 ammontano a ca 37 Mld€, di cui il 43% sono a destinate allo Sviluppo rurale.

In particolare gli interventi PSP hanno le seguenti dotazioni: Per pagamenti diretti (FEAGA) €17.607.504.611, 21 (47, 7%); Per interventi settoriali (FEAGA) € 3.364.427.781, 00 (9, 1%); Per lo sviluppo rurale (FEASR) €15.934.836.143, 29 (43, 2%). Il totale PAC (1° e 2° Pilastro) €36.906.768.535, 50 (100%)¹.

Una notazione inoltre va riservata all'attuazione dei predetti tre strumenti principali del PSP ed alle tipologie specifiche di intervento previste dalla programmazione 2023-2027. Esse sono le seguenti:

- 1° Strumento: "Pagamenti diretti" con i seguenti interventi:
 - Sostegno base, sostegno redistributivo, sostegno giovani;
 - Eco-schemi (5), (che fanno parte della cd. "architettura verde" della nuova PAC);
 - Sostegno accoppiato;
- 2° Strumento: "Misure di Mercato" con i seguenti interventi:
 - Aiuti settoriali: Vitivinicolo, Ortofrutticolo, Olivicolo-oleario, Apicolo, Pataticolo;
- 3° Strumento: "Sviluppo rurale" con 4 categorie di intervento articolate in 76 interventi.
 - Prima categoria: "37 interventi agro-climatico-ambientale" basati sulla superficie o capo (inclusi l'agricoltura biologica, il benessere animale e le indennità compensative);
 - Seconda categoria: "19 interventi di investimento" per le aziende agricole ed agroalimentari, le foreste e le aree rurali, compreso l'avviamento di nuove imprese;
 - Terza categoria: "4 interventi di gestione del rischio" a gestione nazionale;
 - Quarta categoria: "16 interventi di cooperazione e di innovazione e trasferimento delle conoscenze (cd AKIS).

Alle predette categorie vanno aggiunte l'Assistenza Tecnica e la cd. Rete PAC 2023-2027.

¹ Fonte Piano Strategico della PAC 2023-2027 v.1.1, su IFEL Dipartimento di supporto, Sviluppo Rurale 2023-2027, gennaio 2023 pag.5.

Il riparto dei fondi di sviluppo rurale per tipo di intervento (2023-2027)(Tab.1) fa emergere che all'intervento "Impegni ambientali, climatici e altri impegni di gestione" sono assegnate le maggiori risorse, pari al 28, 92%; immediatamente dopo seguono per consistenza gli "Investimenti, compresi gli investimenti nell'irrigazione" con un peso del 26, 69%; segue la voce "Strumenti di gestione del rischio" con un peso del 17, 74% delle risorse FEASR. Mentre il riparto dei fondi di sviluppo rurale per regioni è contenuto nella tabella 2). Da questa emerge che alla Calabria sono assegnate €781.294.583 di cui €394.553.765 a carico del FEASR, ed il resto (il 49, 50% con cofinanziamento nazionale, di cui Stato €270.718.573(70%) e Regione €116.022.246 (30%)¹

¹ cfr.: Pianeta PSR numero 114 - giugno 2022.

Tabella 1 - Interventi del Piano Strategico Pac di interesse per i Comuni

N. interv.	Codice	Denominazione	Totale (€)	% SR
38	SRD003	Investimenti nelle aziende agricole per la diversificazione in attività non agricole	€ 272.360.967,21	1,71%
39	SRD004	Investimenti non produttivi agricoli con finalità ambientale	€ 142.624.663,60	0,89%
40	SRD005	Impianto forestazione/imboschimento e sistemi agroforestali su terreni agricoli	€ 40.750.000,00	0,26%
41	SRD006	Investimenti per la prevenzione ed il ripristino del potenziale produttivo agricolo	€ 116.420.788,10	0,72%
42	SRD007	Investimenti in infrastrutture per l'agricoltura e per lo sviluppo socio-economico delle aree rurali	€ 276.055.880,94	1,73%
43	SRD008	Investimenti in infrastrutture con finalità ambientali	€ 130.006.971,73	0,82%
44	SRD009	Investimenti non produttivi aree rurali	€ 53.296.297,15	-0,33%
45	SRD010	Impianto Forestazione/imboschimento di terreni non agricoli	€ 11.050.000,00	0,07%
46	SRD011	Investimenti non produttivi forestali	€ 74.970.668,57	0,47%
47	SRD012	Investimenti prevenzione e ripristino danni foreste	€ 196.175.235,46	1,23%
67	SRG006	Leader - attuazione strategie di sviluppo locale	€ 903.399.713,23	5,67%
68	SRG007	Cooperazione per lo sviluppo rurale, locale e smart village	€ 69.126.985,70	0,43%
69	SRG008	Sostegno ad azioni pilota e di collaudo dell'innovazione	€ 46.300.000,00	0,28%
		Totale	€2.330.438.071,69	14,61%

Fonte: Elaborazioni su Piano Strategico Pac 2023-2027

5 - I PROGRAMMI DI SVILUPPO RURALE 2023-2027 E RUOLO DEI COMUNI

Con il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale, di cui al Regolamento(UE) n.1305/2013, e successive modifiche, l'Unione sostiene azioni che perseguono i seguenti sei obiettivi prioritari: 1) promuovere il trasferimento di conoscenze; 2) potenziare in tutte le regioni la redditività e la competitività dell'agricoltura in tutte le sue forme e la gestione sostenibile delle foreste; 3) promuovere l'organizzazione della filiera alimentare, comprendendo la trasformazione e la commercializzazione dei prodotti agricoli, il benessere degli animali e la gestione dei rischi; 4) preservare, ripristinare e valorizzare gli ecosistemi connessi all'agricoltura e alla silvicoltura; 5) incentivare l'uso efficiente delle risorse e il passaggio a una economia a basse emissioni di carbonio; 6) adoperarsi per l'inclusione sociale, la riduzione della povertà e lo sviluppo economico nelle zone rurali¹ .

Con il Regolamento (UE) 2017/2393, del 13 dicembre 2017, in vigore dal 1 gennaio 2018, si modifica il regolamento del 2013, per semplificare e migliorare l'accesso degli agricoltori ai finanziamenti della PAC. Esso in particolare introduce due importanti strumenti: il primo, di stabilizzazione del reddito specifico per settore che offra una compensazione per gli agricoltori interessati da un brusco calo del reddito; il secondo, il sostegno per i contratti di assicurazione nei casi in cui oltre il 20% della produzione media annua dell'agricoltore venga distrutta, soprattutto per le avversità atmosferiche.

Il Regolamento (UE)2017/2393, impone che la politica di sviluppo rurale sia coerente con le altre politiche del settore, riducendo al minimo le sovrapposizioni ed incoerenze.

Mentre il regolamento (UE) 2020/872, del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2020, che modifica il regolamento (UE) n.1305/2013 per quanto riguarda una misura specifica volta a fornire un sostegno temporaneo eccezionale nell'ambito del fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) in risposta all'epidemia di COVID-19, ha previsto una assistenza temporanea eccezionale agli agricoltori ed alle piccole e medie imprese (PMI) nella trasformazione, commercializzazione o sviluppo di prodotti agricoli e cotone nell'ambito del FEASR. L'importo massimo del sostegno economico non deve superare i 7.000 euro per ciascun agricoltore e i 50.000 euro per ciascuna PMI. Ed ancora, il

¹ cfr. Regolamento (UE) n.1305/2013, su Euro-lex.europa.eu.

regolamento (UE) 2022/1033 del parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2022, che modifica il regolamento (UE)n.1305/2013 per quanto riguarda una misura specifica volta a fornire un sostegno temporaneo eccezionale nell'ambito del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) in risposta all'impatto dell'invasione russa dell'Ucraina .

L'importo massimo del sostegno agli agricoltori ed alle PMI è fissato fino a 15.000 euro e 100.000 euro, misura da introdurre nei programmi di sviluppo rurale degli stati membri.

Inoltre, il regolamento di modifica (UE) 2020/2029, consente con le norme transitorie per gli anni 2021 e 2022, il perseguimento dell'applicazione delle norme nell'ambito del quadro PAC 2014-2020 e garantisce la continuità dei pagamenti alle aziende agricole ed agli altri beneficiari per il sostegno dal FEASR nel 2021 e 2022 e fino alla data di applicazione del nuovo quadro legislativo in vigore dal 1 gennaio 2023.

L'esperienza a cui continuare a fare riferimento in Calabria, è quella del PSR Calabria 2014/2020, ancora in atto, dove i beneficiari sono coloro i quali partecipando ai bandi cui sono interessati ottengono il finanziamento comunitario relativo al FEASR. In particolare i beneficiari del programma di Sviluppo rurale della Calabria 2014/2020 sono: a) le imprese private; b) Gli enti pubblici; c) i GAL (Gruppi di Azione Locale).

In tale quadro di riferimento, gli Enti locali in continuità con i precedenti cicli di programmazione, sono destinatari di interventi finanziati con lo strumento dello "Sviluppo Rurale", sia per la parte pubblica dei GAL (Gruppo di Azione locale), sia come beneficiari diretti.

In particolare, nell'ambito del Programma Strategico nazionale PAC 2023-2027, gli interventi che interessano i Comuni si concentrano in larga parte sull'Obiettivo Specifico OS8, che promuove lo sviluppo locale delle aree rurali, che è finalizzato ad "innalzare il livello della qualità della vita nelle aree rurali attraverso il miglioramento dei processi di inclusione sociale, della qualità e dell'accessibilità delle infrastrutture e dei servizi, anche digitali, alla popolazione ed alle imprese, in modo da porre un freno allo spopolamento e sostenere l'imprenditorialità, anche rafforzando il tessuto sociale"¹.

In particolare, i Comuni potranno beneficiare, o comunque essere partner pubblico, per i

¹ cfr. Piano Strategico della Pac 2023-2027-Documenti di sintesi, a cura del Mipaaf e del PRNN- settembre 2022.

seguenti interventi:

- iniziative finalizzate ad aumentare e diversificare le occasioni di occupazione in una logica di sostenibilità (turismo sostenibile, bioeconomia, green job, agricoltura sociale) rafforzando la multifunzionalità agricola e forestale, valorizzando i paesaggi rurali di interesse storico, favorendo la creazione di nuove opportunità imprenditoriali ed occupazionali nelle attività in grado di mantenere vitali i territori rurali in termini economici e sociali (intervento SRD03);
- interventi finalizzati a superare il gap infrastrutturale, con particolare attenzione al digital divide, e migliorare la disponibilità/accessibilità ai servizi per la popolazione e le imprese, e l'attrattività delle zone rurali sia per la residenzialità, sia per altre attività produttive e gli investimenti attraverso la valorizzazione culturale, la messa in sicurezza e ristrutturazione delle strutture abitative, dei centri abitati e dei borghi rurali; il recupero e riuso delle strutture rurali e beni collettivi; l'efficientamento energetico e l'adeguamento antisismico dell'edilizia abitativa Rurale (interventi SRD07, SRD08 e SRD09);
- iniziative che contribuiscano ad una gestione sostenibile del territorio e del paesaggio intervenendo sui beni collettivi e pubblici e favorendo il recupero di aree abbandonate o degradate e finalizzandole ai fabbisogni delle comunità per finalità turistico-ricreative o per la creazione di imprese innovative capaci di creare valore dalla valorizzazione delle risorse del territorio (interventi SRD04, SRD08, SRD09 e SRS11);
- interventi di prevenzione attiva, nonché di ripristino del potenziale agricolo e forestale danneggiato, che consentano, l'ottenimento di adeguati livelli produttivi, con particolare riferimento alle produzioni maggiormente esposte ai danni biotici e da avversità climatiche, mentre nel secondo caso, sono diretti a garantire il mantenimento in salute del patrimonio forestale e la sua salvaguardia(interventi SRD06 e SRD12);
- investimenti per impianti di forestazione/rimboschimento su terreni agricoli e non agricoli, volti ad esempio ad ampliare la superficie forestale e di arboricoltura, incrementare l'assorbimento e lo stoccaggio del carbonio atmosferico, migliorare la

conservazione della biodiversità e degli habitat forestali, fornire servizi ecosistemici e diversificare il reddito aziendale forestale.

Sempre nell'ambito delle strategie di sviluppo locale va rimarcata l'importanza delle sinergie perseguibili attraverso l'approccio Leader (SRG06) e gli strumenti della Progettazione integrata territoriale (SRG07). A tal fine gli Enti locali territoriali gestori di boschi possono promuovere azioni di collaborazione nell'ambito della Misura "AKIS", per realizzare progetti di sviluppo (SRG08).

Le risorse finanziarie destinate alle Strategie di sviluppo locale dell'Approccio LEADER ammontano complessivamente a circa 900 Mln€, pari ad oltre il 5% delle risorse destinate allo Sviluppo Rurale ed a quasi il 7% della spesa pubblica a disposizione della programmazione regionale.

In particolare, le Strategie di sviluppo locale dell'approccio Leader, differenziando le scelte a seconda delle esigenze delle varie aree rurali del Paese, interessano i seguenti ambiti tematici:

- servizi ecosistemici, biodiversità, risorse naturali e paesaggio;
- sistemi locali del cibo, distretti, filiere agricole e agroalimentari;
- servizi, beni, spazi collettivi e inclusivi;
- comunità energetiche, bioeconomiche ed a economia circolare;
- sistemi di offerta socio-culturali e turistico-ricreativi locali;
- sistemi produttivi locali artigianali e manifatturieri.

La Tab.1 riporta l'elenco degli interventi di Sviluppo Rurale di potenziale interesse per i Comuni, soprattutto delle aree interne.

Dal predetto prospetto si ricava che gli interventi dello Sviluppo Rurale di potenziale interesse per i Comuni, sono 13, per una spesa complessiva prevista pari a 2,3 Mld€, pari a circa il 15% della programmazione per lo Sviluppo Rurale del PSP 2023-2027.

Un'ulteriore notazione riguarda il ruolo delle Regioni e le risorse alle stesse assegnate, in questa nuova programmazione di Sviluppo Rurale 2023-2027 (Tabella 2). Si tratta dell'implementazione regionale del Piano Strategico Nazionale PAC, che avviene con i cd

Complementi regionali per lo sviluppo Rurale (CSR) 2023-2027. Trattasi del documento attuativo del PSP che ogni Regione adotta e che contiene la specificazione delle priorità territoriali e settoriale, i principi di selezione, i criteri di ammissibilità, le modalità attuative ecc..

Ed ancora, ai predetti recenti piani strategici di sviluppo rurale di natura eurolunitaria, si è aggiunto di recente un nuovo strumento normativo di carattere strutturale, che è la legge n.36 del 15 marzo 2024, recante "Disposizioni per la promozione e lo sviluppo dell'imprenditoria giovanile nel settore agricolo". La predetta legge è volta alla promozione ed al sostegno dell'imprenditoria giovanile nel settore agricolo ed al rilancio del sistema produttivo agricolo mediante interventi per favorire l'insediamento e la permanenza dei giovani ed il ricambio generazionale nel settore agricolo nel rispetto della normativa dell'Unione europea (art.1). Si tratta di una legge strutturale che stanziava 156 milioni di euro dal 2024 al 2029 e 27,76 milioni annui dal 2030. Le misure previste sono rivolte a imprenditori agricoli di età superiore a 18 anni e inferiore a 41, ma anche a quelle cooperative o società nelle quali la metà dei soci non abbia un'età superiore a 41 anni. Tra le diverse agevolazioni previste, ricordiamo quelle per l'acquisto di terreni e strutture necessari per l'avvio dell'attività imprenditoriale agricola e per i beni strumentali. Al predetto strumento di valenza strutturale ed in stretta correlazione, e con valenza simbolica e culturale, è da inquadrare anche la legge n.24 del 28/2/2024, con la quale il legislatore nazionale riconosce la figura dell'agricoltore come "custode dell'ambiente e del territorio", istituendo un apposito elenco(art.5), nonché la "Giornata nazionale dell'agricoltura" (art.6).

Tabella 2 - Riparto fondi Sviluppo rurale

Regioni	Spesa Programmata	PSARL	Salvo. Praelimin.	Finanziato	di cui Stato TON	di cui Regione 2006
Abruzzo	258.295.022	150.575.659	58,30%	203.719.903	141.605.908	69.111.995
Basilicata	402.344.240	221.731.094	55,12%	224.207.046	134.942.182	67.242.294
Bolzano	273.046.128	110.649.312	40,50%	141.216.811	112.811.628	40.304.993
Calabria	141.294.093	70.242.343	49,72%	144.790.437	133.718.375	134.112.940
Campania	1.149.605.289	505.550.056	43,90%	569.094.601	398.530.222	170.716.501
Emilia Romagna	912.229.512	171.640.241	18,81%	541.231.270	193.209.111	142.941.711
Friuli Venezia Giulia	227.091.741	92.470.498	40,72%	114.963.041	94.474.004	40.400.659
Lazio	602.070.074	246.240.261	40,89%	613.811.603	290.120.964	133.946.091
Liguria	307.037.060	84.264.084	27,44%	122.772.972	85.541.084	36.811.393
Lombardia	2.094.415.821	1.149.431.111	54,88%	1.998.000.000	1.946.293.250	1.499.112.214
Marche	390.825.150	164.121.939	41,99%	214.733.211	157.527.246	67.425.963
Molise	113.712.921	59.345.025	52,27%	106.670.66	54.647.527	26.420.769
Piemonte	756.597.913	303.861.961	40,16%	448.641.974	317.980.702	134.661.192
Puglia	1.194.074.281	674.594.011	56,50%	1.042.332.241	612.560.872	173.254.174
Sardegna	819.415.113	411.844.022	50,26%	405.849.091	281.954.384	122.694.722
Sicilia	1.478.413.117	744.629.624	50,40%	729.933.493	313.933.440	233.920.041
Toscana	748.615.004	304.767.091	40,71%	444.048.408	315.912.408	131.713.922
Trento	180.940.232	82.910.214	45,82%	122.901.002	82.402.592	55.393.122
Umbria	318.402.117	220.405.908	69,25%	290.194.229	208.737.360	89.418.869
Valle d'Aosta	91.041.227	37.501.112	41,30%	51.464.251	32.125.000	14.239.112
Veneto	824.534.071	331.397.573	40,08%	488.968.496	341.276.547	144.889.949
Totale	12.841.414.944	6.888.184.496	53,65%	7.073.800.547	4.951.490.187	2.132.010.080
Tipi Interventi Regionali FASAR						
Costione del FASAR a	1.001.100.000	1.001.000.000	100,00%	1.001.000.000	1.001.000.000	0
Costione del FASAR a	74.041.990	40.000.000	52,93%	34.041.990	34.041.990	0
Totale	14.011.700.719	7.260.188.043	51,82%	8.781.932.746	6.679.002.669	2.132.010.080

Fonte: PianetaPSR num. 114 giugno 2022

6 - IL SETTORE RURALE IN UNA REGIONE DEL SUD: LA CALABRIA, SECONDO I DATI CENSUARI DAL 1951 AL 2020 .

Già dalle rilevazioni statistiche del Censimento dell'Agricoltura del 1951, appariva evidente la precarietà e la sottooccupazione nell'agricoltura calabrese. Da un dettagliato studio dell'epoca del prof. Giuseppe Orlando sulla produttività del lavoro agricolo, compiuta sul versante tirrenico calabrese si accertava che la sottooccupazione nascosta complessiva ammontava al 36,8% dell'intera massa di coltivatori diretti della zona – proprietari, affittuari e coloni parziari – con una incidenza per ettaro di superficie lavorabile di 0,46 unità¹.

La persistenza tendenziale di tale situazione negli anni successivi, soprattutto nelle zone di montagna e di collina, "non sono soltanto il frutto di tendenze naturali che portano a concentrare l'attività agricola nelle zone più favorevoli e produttive quali quelle di pianura, ma derivano anche da precise linee di intervento pubblico sia a livello nazionale che a livello comunitario. Si è infatti assistito negli anni '60 (rectius: ed oggi possiamo affermare anche oltre) ad un progressivo intensificarsi dell'intervento pubblico nelle zone di pianura che presentavano una maggiore suscettività produttiva, tralasciando o riducendo enormemente l'intervento nelle aree interne di collina e montagna(...) La politica di intervento comunitario che si è fatta più consistente alla fine degli anni '60 è arrivata a prevedere esplicitamente una forte riduzione della superficie coltivata (in buona parte situata nelle zone collinari e montane del Mezzogiorno) per evitare il problema delle eccedenze produttive che allora creava molti inconvenienti a livello europeo(si ricordi la prima formulazione del piano Mansholt del 1968).La politica dei prezzi agricoli intrapresa dalla CEE con i suoi effetti sia a livello nazionale che di aziende agrarie, dava un contributo notevole all'entrata in crisi delle aziende contadine, molte delle quali si vedevano costrette ad abbandonare il processo produttivo. Questo fenomeno naturalmente è stato più intenso per le aziende contadine marginali e soprattutto per quelle situate in montagna e collina. Non possiamo a questo punto non rilevare come la riduzione della base produttiva agricola verificatasi in maniera accentuata a partire dalla fine degli anni '60 ed il conseguente deficit-alimentare italiano, sia

¹ cfr. Nicola M. di Girolamo, La Calabria, Franco Angeli Editore, pag.37.

strettamente collegato anche al minore apporto produttivo delle aree collinari e montane”¹.

Venendo alla situazione attuale del settore agricolo calabrese, è bene richiamare i dati censuari più recenti. Secondo i dati ISTAT, (7° censimento dell’agricoltura 2020), il settore agricolo rappresenta il 5 per cento circa del valore aggiunto, ovvero oltre il doppio del corrispondente dato nazionale. Il settore agricolo assorbe in Calabria il 13 per cento degli occupati, con un’incidenza che è la più alta tra le regioni italiane. Le aziende agricole attive in Calabria sono circa 95 mila, pari all’8, 4 per cento del totale nazionale. Sempre dai dati censuari disponibili dell’ultimo Censimento Generale dell’Agricoltura relativi al 2020, si evidenzia un significativo calo del numero di aziende agricole rispetto al 2010 (-30, 1 per cento). Nel decennio 2010-2020 il valore aggiunto a prezzi costanti è calato del 8, 5 per cento. La superficie agricola utilizzata (SAU) è rimasta sostanzialmente stabile (-1, 1 per cento). Inoltre, la dimensione media delle imprese agricole in termini di SAU, tra i censimenti del 2010 e del 2020, è cresciuta da 4 a 5, 6 ettari, ancora molto al di sotto al dato nazionale che nel 2020 è pari a 11, 1 ettari. La persistente sostanziale frammentazione del settore primario si accompagna anche ad una limitata incidenza di forme più avanzate di conduzione aziendale. Infatti solo il 14 per cento della superficie agricola utilizzata è gestita da aziende costituite in forma societaria, a fronte del 27% in Italia. Ed ancora, la diffusione di attrezzature informatiche o digitali per fini aziendali è limitata (solo il 6 per cento delle aziende nel 2020, a fronte del 16 per cento in Italia). Solo il 5 per cento delle imprese agricole calabresi ha effettuato almeno un investimento per innovare la tecnica o la gestione della produzione nel triennio 2018-2020 (11 per cento in Italia). Per quanto riguarda la destinazione della SAU, tra i due censimenti si è ridotta la superficie occupata dalle colture di olivo ed agrumi, a favore di seminativi, pascoli e orti. Infatti, secondo i dati ISTAT sul valore della produzione a prezzi correnti, il peso dell’olivicoltura sul totale regionale è passato dal 31 al 26 per cento, quello degli agrumi dal 32 al 18 per cento. Nel contempo, è aumentato il peso di alcune produzioni ortofrutticole (pesche, kiwi, patate, cipolle, fragole e peperoni). In aumento anche il numero delle aziende che adottano metodi di coltivazione biologica, che rappresentano il 10, 4 per cento delle aziende agricole regionali 6,7 per cento in Italia. Le specializzazioni produttive calabresi e le difficili condizioni geomorfologiche del

¹ V. Cosentino, su Una politica d’intervento per la collina e la montagna, Atti del seminario del 20 febbraio 1976, UNICAL Rende, pag.22-23.

territorio, composto in prevalenza da aree interne di collina e di montagna determinano un utilizzo più intensivo del fattore lavoro. Infatti il rapporto tra le giornate di lavoro standard e la SAU nel 2020 è risultata superiore di un terzo rispetto alla media nazionale, con un maggior ricorso alla manodopera salariata (43 per cento di quella complessiva, 37 per cento in Italia) e per lo più in forma non continuativa¹.

Inoltre, in base ai dati del Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria (CREA), nel biennio 2019/2020, il valore aggiunto per unità di lavoro è risultato nettamente inferiore alla media nazionale (per circa il 40 per cento)². Adeguare le politiche di sviluppo territoriale alla situazione concreta in cui versa il settore agricolo appena descritto nei suoi tratti essenziali in una regione del sud, può e deve diventare una priorità assoluta in quanto l'agricoltura non solo è il settore centrale del sistema produttivo nazionale, ma perché, "è l'ultimo baluardo per la difesa del territorio. Ma serve un reddito adeguato per evitare una fuga dalla campagna ed il conseguente abbandono delle aree marginali"³.

Dalle predette premesse storico-evolutive del settore agricolo è giusto partire, per riaffermare che l'agricoltura in Calabria rappresenta da sempre il settore centrale per la economia regionale. In tal senso è sempre più attuale la riflessione di Anton Giulio Galati del 1988, che "l'azione di sostegno nei riguardi della agricoltura, va impostata col presupposto che questo settore è, e presumibilmente rimarrà, fondamentale per l'economia della regione, per cui il suo sviluppo sarà determinante per il riequilibrio interno della Calabria"⁴.

7 - LA PROGRAMMAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE STRATEGICHE

Lo Sviluppo economico comporta da sempre politiche pubbliche finalizzate a dotare i territori di uno Stato o di una Regione di infrastrutture cd. strategiche per la loro capacità di

¹ cfr. 7° Censimento Generale dell'Agricoltura – ISTAT 2022, su: www.istat.it.

² Fonte: Dati su Banca d'Italia Eurosystema, Economie regionali - L'economia della Calabria - Rapporto annuale, giugno 2023, pag.9.

³ cfr. Marcello PAGLIAI, "Dalla terra passa il futuro", su Dimensione Agricoltura, 9 settembre 2023.

⁴ Antonio Giulio GALATI, Pres. Consiglio regionale della Calabria, Apertura della conferenza preparatoria sul Piano Agricolo Regionale, Cosenza 20-21 maggio 1988).

incidere sull'economia, sui settori produttivi e sul benessere e qualità di vita di una collettività.

In verità non si tratta solo di concentrarsi sulle opere grandi, in quanto anche molte opere medie e piccole possono essere valutate "strategiche"¹.

Comunque la scelta di un progetto ha conseguenze per l'occupazione, la produzione, il consumo, il risparmio, la distribuzione del reddito ed altre variabili importanti per gli obiettivi nazionali².

A tal fine "lo scopo dell'analisi costi-benefici è di esaminare se tali conseguenze, considerate nel loro insieme, siano desiderabili nell'ottica degli obiettivi della pianificazione nazionale³.

L'art.39 del nuovo Codice degli appalti (D.Lgs n.36/2023), disciplina le procedure di pianificazione, programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche, la cui realizzazione riveste carattere di urgenza e di preminente interesse nazionale ai fini della modernizzazione e dello sviluppo della nazione.

A tal fine, il Governo qualifica una infrastruttura come strategica e di preminente interesse nazionale con delibera del Consiglio dei ministri, in considerazione del rendimento infrastrutturale, dei costi, degli obiettivi e dei tempi di realizzazione dell'opera. La qualificazione è operata su proposta dei Ministri competenti, sentite le regioni interessate, ovvero su proposta delle regioni al Governo, sentiti i Ministri competenti (comma 2°, art.39).

Inoltre, l'elenco delle infrastrutture è inserito nel Documento di Economie Finanza, con l'indicazione:

- a) dei criteri di rendimento attesi in termini di sviluppo infrastrutturale, riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale, sostenibilità ambientale, garanzia della sicurezza strategica, contenimento dei costi dell'approvvigionamento energetico del Paese, adeguamento della strategia nazionale a quella della rete europea delle infrastrutture;

¹ cfr. Ministro Alle Infrastrutture Paola De Micheli, *Via a infrastrutture strategiche per l'agroalimentare italiano*, Assemblea di alleanza delle cooperative del 30.10.2019, a cura di Lorenzo TOSI, maggio 1988, su Atti della Conferenza, Rubettino editore, pag.17

² cfr. Formez, *Guida per la valutazione dei progetti - Manuale UNIDO*, 1985, pag.13.

³ cfr. Formez, *Guida per la Valutazione dei progetti op.cit.*, pag.14.

- b) degli esiti della valutazione delle alternative progettuali;
- c) dei costi stimati e dei relativi stanziamenti;
- d) del cronoprogramma di realizzazione (cfr. comma 3°, art.39).

A livello comunitario, è previsto il "Fondo europeo per gli investimenti strategici" (FEIS). Trattasi di un fondo che costituisce la base del piano investimenti per l'Europa, finalizzato a stimolare la crescita economica e la competitività nell'Unione europea¹.

Il Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS), rappresenta un asse centrale della programmazione comunitaria. A tal fine, la Commissione europea ed il Gruppo della Banca europea per gli investimenti (BEI) hanno appunto varato il FEIS per contribuire a colmare la carenza di investimenti nell'UE mediante la mobilitazione di finanziamenti privati a favore di investimenti strategici. I Fondi SIE e FEIS, costituiscono in ultima analisi due strumenti importanti per le politiche di sviluppo dell'Unione, in quanto possono mobilitare investimenti aggiuntivi integrandosi a vicenda ed esaltando l'addizionalità degli investimenti stessi.

Per quanto riguarda la presente analisi, le infrastrutture e/o gli investimenti strategici di ns interesse, di cui si tratterà, riguardano in particolare quelle connesse all'utilizzazione delle risorse idriche della Regione Calabria e della provincia di Cosenza in particolare. A tale scopo, di particolare interesse risulta l'adozione delle Linee Guida operative per la valutazione degli investimenti in opere pubbliche - Settore idrico (6 ottobre 2022), predisposto dal Ministero delle Infrastrutture e mobilità sostenibili (MMS), ed approvato con Decreto ministeriale del 11 ottobre 2022. Tra gli aspetti più significativi di tale documento rileviamo i seguenti: a) fornire ai soggetti che operano nel settore delle infrastrutture idriche un quadro organico e completo per predisporre e valutare le proposte progettuali degli interventi, anche sotto il profilo del rispetto dei vincoli di sostenibilità ambientale; b) l'esigenza di manutenzione delle infrastrutture, in quanto il parco infrastrutturale ha bisogno non solo di essere mantenuto in condizioni di efficiente funzionamento, ma anche di essere integrato, sostituito ed anche ripensato in base alle nuove sfide ambientali e al cambiamento climatico: c) l'esigenza di tener conto dei cambiamenti climatici, del loro impatto fin dal momento della pianificazione

¹ cfr. "Regolamento relativo al Fondo europeo per gli investimenti strategici, al polo europeo di consulenza sugli investimenti e al portale dei progetti di investimento europei" di cui al Regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2015.

in cui gli interventi dei soggetti interessati devono essere frutto di una visione e pianificazione integrata. Le predette Linee Guida si affiancano a quelle sulla valutazione ex ante degli investimenti già preparate dal Ministero e pubblicate nel 2017¹. (Esse hanno un taglio molto operativo al servizio degli enti interessati (autorità di bacino, regioni, province autonome, autorità di distretto idrografico ed altri enti operanti nel sistema idrico integrato). Risultano, infine, utili "sul piano della sostenibilità ambientale", i riferimenti al regolamento sul dispositivo europeo di ripresa e resilienza (Rrf), nonché alla metodologia di applicazione del principio "Do no significant harm" (Dnh)"².

7.1- GLI INTERVENTI PER LO SVILUPPO DELLE AREE DI MONTAGNA E DI COLLINA

Su 30 milioni di ettari, in Italia rileviamo 23 milioni di ettari di collina e di montagna, che rappresentano il 76% dell'intera superficie nazionale. "Nel Centro-nord è del 70 per cento. Nel mezzogiorno è pari all'80 per cento, mentre in Calabria è del 90 per cento"³.

Ed appunto, "la notevole estensione delle zone montane e collinari del territorio calabrese, che insieme rappresentato circa il 91% della superficie della regione (42% montuoso e 49% collinare), rende estremamente importante il discorso dell'inserimento dell'economia montana nel quadro più vasto del modello di sviluppo di tutta l'economia regionale"⁴.

La crisi economica e produttiva e l'urgenza del suo superamento impongono che si apra la collina e la montagna ad un processo di valorizzazione integrato delle sue risorse naturali, economiche e demografiche, che ci sono o continuano ad esserci dopo decenni di abbandono e di disattenzione da parte delle istituzioni.

Già Vincenzo Cosentino dell'UNICAL, nel 1976, evidenziava gli obiettivi da tener presente, nella valutazione di ogni programma di intervento per queste Aree. Gli obiettivi erano e

¹ cfr. Ministero delle Infrastrutture- Linee Guida per la valutazione degli investimenti in opere pubbliche- D.Lgs n.228/2011.

² cfr. Andrea MASCOLINI, "MIMS, Criteri per opere pubbliche", su Italia Oggi del 23 settembre 2022 pag.38.

³ cfr. Giovanni LAMANNA, Il ruolo delle comunità montane per lo sviluppo della Calabria, su Atti del seminario del 20/2/1976 "Una politica di intervento per la collina e la montagna", CeSPE, pag.55.

⁴ Vincenzo MARONE, Su "Una politica di intervento per la collina e la montagna", Atti del seminario, a cura Dipartimento di economia-Dipartimento di difesa del suolo dell'UNICAL, Ce.S:P:E, Arcavacata di rende 20 febbraio 1976 pag.39.

restano tre: "a) aumento della produzione agraria, b) aumento dell'occupazione, c) difesa del suolo".

Allora come oggi la situazione economica del Paese ripropone in maniera inderogabile "il rilancio produttivo dell'agricoltura italiana ed in particolare dell'agricoltura delle zone collinari e montane che possono giocare un ruolo determinante e soprattutto perché le risorse di queste zone possono essere indirizzate verso quelle produzioni che gravano negativamente sulla nostra bilancia commerciale"; e per quanto riguarda l'obiettivo della difesa del suolo, "è nostra convinzione che una corretta impostazione del problema della sistemazione idrogeologica dei terreni collinari e montani debba passare attraverso una rivalutazione della funzione produttiva ed occupazionale delle zone stesse"¹.

A distanza di oltre 40 anni l'analisi resta attuale. Anche l'approccio metodologico dell'economista agrario merita interesse. "Ci riferiamo al periodo di tempo che intercorre fra la messa in atto degli interventi stessi e gli effetti ottenuti in termini degli obiettivi perseguiti. Da questo punto di vista risulta fondamentale distinguere gli interventi o linee di sviluppo a seconda che esplicino il loro effetto nel breve, medio o lungo periodo"². Secondo Cosentino occorre "distinguere tra due tipi di situazione: la prima riguarda i terreni meno dotati da un punto di vista delle suscettività agricole di scarsa fertilità, e con pendenza accentuata, non meccanizzabili e soggetti a fenomeni di erosione. La seconda è quella di terreni produttivi ben dotati, con discreta fertilità, possibilità di meccanizzazione di almeno alcune operazioni e scarsamente soggette a fenomeni di dissesto.(...) In questo quadro, a titolo di esempio, basti pensare al problema delle terre abbandonate il cui recupero non può essere affrontato se non si conoscono quali sono queste terre e come esse si caratterizzano nei confronti della vocazione agricola, della loro fertilità e del grado di meccanizzazione possibile(...). Con questa conoscenza della realtà sarà possibile articolare il discorso in termini operativi e scegliere fra le diverse alternative tecniche possibili quelle più rispondenti alle caratteristiche ed esigenze concrete delle singole zone"³.

In questo percorso, va oggi ancora più considerato quanto rilevava nel 1976 Giovanni

¹ V. Cosentino, "Una politica di intervento per la collina e la montagna", in Atti del seminario del 20 febbraio 1976 UNICAL di Rende pag.27.

² V. Cosentino, op.cit. pag.28.

³ V. Cosentino, op.cit. pag.31-32.

Lamanna: "Il ruolo della ricerca e della tecnica è a monte ed è a base di qualsiasi reale progresso"¹.

Le zone interne e le popolazioni che vi risiedono, possono e devono essere sempre più sede e protagonisti dello sviluppo di ogni settore a partire dall'agricoltura. Così come un modello di tessuto industriale, piccolo e medio, può divenire trainante, se legato a monte ed a valle, ai prodotti dell'agricoltura, della zootecnica e dei boschi.

A proposito di questo ultimo settore, quello forestale, la Calabria è la Regione da sempre più forestata del Mezzogiorno e forse una delle regioni più forestate di tutto il Paese, il che oggi postula un'azione qualificata di rivalutazione del patrimonio forestale esistente e della sua difesa soprattutto dagli incendi che nel periodo estivo sono sempre più diffusi e devastanti in correlazione ai lunghi periodi di siccità legati ai cambiamenti climatici.

Così come il turismo e l'agroturismo potranno e dovranno avere consistenti sviluppi, se saranno soprattutto le stesse popolazioni montane e locali ad esercitarle. Così come l'artigianato legato alle tradizioni locali può essere promosso attraverso la qualità e la tipicità delle produzioni locali. E tutto questo potrà avvenire legandosi alle innovazioni della transizione digitale e della sostenibilità ambientale già da tempo fortemente in atto in altre regioni italiane ed europee.

Sono, infatti, soprattutto queste comunità che mantengono ancora vive queste campagne. Qui l'occupazione agricola è caratterizzata da manodopera familiare, ed in prevalenza da manodopera salariata (43% di quella complessiva, 37% in Italia), per lo più in forma non continuativa e quindi molto precaria. Infatti, le giornate di lavoro per addetto risultano in Calabria inferiori di un quarto rispetto alla media nazionale².

Si tratta, di implementare interventi urgenti ma adeguati rispettivamente per:

- a) riscattare la maggior parte dei terreni abbandonati, incolti, e sottoutilizzati in terreni coltivabili e produttivi;
- b) aumentare la produttività per unità di SAU e quindi il prodotto netto per addetto

¹ cfr. Giovanni Lamanna, op.cit. pag.66.

² cfr. Elaborazioni su dati pseudonimizzati del CREA, su L'Economia in provincia di Cosenza-Diciottesimo Rapporto BCC Mediocrati,2023, pag.8).

anche con appropriate riconversione colturali;

- c) aumentare le occasioni di lavoro in agricoltura, realizzando redditi soddisfacenti, anche ponendo in essere da parte degli enti locali territoriali il ricorso all'impreditoria agricola attraverso gli strumenti previsti dal D.Lgs 18 maggio 2001 n.228, relativamente agli appalti per opere minori¹.

Inoltre, in tale direzione risulta orientato l'ar.1,c.593 della legge 31/12/2021 n.234, che ha istituito il Fondo per lo sviluppo della montagna italiana. Tale "fondo" è finalizzato alla promozione e realizzazione di interventi per la salvaguardia e la valorizzazione della montagna, nonché misure di sostegno in favore dei comuni totalmente e parzialmente montani. In particolare, "il fondo è utilizzato per finanziare:

- a) interventi per la tutela e la promozione delle risorse ambientali dei territori montani;
- b) interventi che diffondano e valorizzino, anche attraverso opportune sinergie, le migliori iniziative in materia di tutela e valorizzazione delle qualità ambientali e delle potenzialità endogene proprie dell'abitato montano;
- c) attività di informazione e di comunicazione sui temi della montagna;
- d) interventi di carattere socioeconomico a favore delle popolazioni residenti nelle aree montane;
- e) progetti finalizzati alla salvaguardia dell'ambiente e allo sviluppo delle attività agrosilvo-pastorali;
- f) iniziative volte a ridurre i fenomeni di spopolamento².

Ed ancora, non può trascurarsi la necessità di affermazione di un rinnovato "sistema di welfare" per le aree interne dove "si stanno facendo strada modelli più inclini a coinvolgere il territorio nel suo complesso, dalle imprese, agli enti locali, fino alla realtà del terzo settore, in uno schema che ormai da più parti viene definito di "welfare territoriale". Diverse sono le ragioni che inducono a ritenere la formula del "welfare territoriale" particolarmente adatta alle aree interne, ovvero a quelle zone che si trovano ad una distanza significativa da alcuni

¹ cfr.art.15 D:Lgs 18 maggio 2001 n.228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n.57.

² cfr.art.15 D:Lgs 18 maggio 2001 n.228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n.57.

servizi essenziali, e che sono quindi, in difficoltà nel fruire delle infrastrutture del “welfare pubblico”¹.

E però, “le trasformazioni che hanno investito il welfare di matrice pubblica negli ultimi decenni non si sono distribuite equamente sul territorio nazionale, ma hanno riprodotto, al contrario, divari territoriali che già interessato molti strati dell’economia”². Superare i suddetti squilibri territoriali, che non è più solo tra aree interne ed aree urbanizzate, ma è anche tra le stesse aree interne del centro nord e del mezzogiorno, postula che si, raccordino le varie esperienze di welfare o di “secondo welfare” posto in essere da soggetti pubblici e privati, con il sistema dei distretti socio-sanitari territoriali, chiamati dalla legge 328/2000 e dalle legislazioni regionali di attuazione, ad approvare i Piani di zona socio-sanitari che rappresentano lo strumento fondamentale per implementare le politiche sociali territoriali soprattutto delle aree interne e più marginali.

Si tratta, in ultima analisi, di incidere con forza su processi di sviluppo territoriale integrato, e dal basso a cui soprattutto i Comuni singoli e associati, e gli altri enti regionali e provinciali sono chiamati a concorrere. Tra questi, in Calabria come in altre regioni, per il settore agricolo, opera l’ARSAC (Azienda Regionale per lo Sviluppo dell’Agricoltura Calabrese) che è chiamata per legge istitutiva (LR n.66 del 20/12/2012) a dare un contributo importante allo sviluppo agricolo (di promozione, di divulgazione, di sperimentazione ecc.), attraverso i 12 Centri di sviluppo agricolo operanti in Calabria. Ma c’è di più. L’elaborazione e la attuazione dei piani territoriali di sviluppo (economico, urbanistico, paesaggistico, di bacino, agricolo ecc.) ha bisogno di supporti tecnici e scientifici a cui le Università della Calabria, possono e debbono dare un contributo di analisi, di partecipazione, di controllo, e soprattutto di formazione di personale specialistico da candidare alle strutture di attuazione dei programmi di sviluppo nazionali (PNRR) e comunitari (Programmazione 2021-2027), di cui ai molteplici centri decisionali e tecnici degli enti pubblici e privati della Calabria.

7.2 - L’IMPRESA AGRICOLA MULTIFUNZIONALE TRA AGRICOLTURA BIOLOGICA E LA MANUTENZIONE DEL

¹ cfr. Luisa CORAZZA “Il welfare territoriale disegnato su misura per le aree interne - Nuovi modelli”, su Il Sole 24 Ore del 30/12/2023, pag.14.

² cfr. Corazza, op.cit. pag.14.

TERRITORIO

L'agricoltura è oggettivamente una leva strategica dell'economia dell'Italia, perché oltre a garantire la produzione alimentare, è un presidio del territorio a tutela del paesaggio, della stabilità idrogeologica, della biodiversità e delle sue tradizioni. Da qui il suo carattere multifunzionale su cui è opportuno soffermarsi introducendo il fulcro di tale attività che riguarda appunto l'Impresa agricola e quindi la figura dell'Imprenditore agricolo per come concepito dall'ordinamento comunitario e nazionale in costante evoluzione.

La disciplina dell'impresa agricola si collega quindi a quella di "imprenditore agricolo", che il nostro ordinamento (art.2135 c.c.) identifica in "chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse". Dove "per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci salmastre o marine" (cfr.art.2135, comma 2°,c.c.). Ed ancora, "si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge" (cfr.art.2135 comma3° c.c.).

Il punto chiave di questa nuova definizione dell'imprenditore agricolo, introdotta nel Codice civile dall'art.1 del Decreto legislativo 18 maggio 2001, n.228, è la legittimazione dell'azienda agricola ad assumere compiutamente attività "connesse".

Le predette nuove disposizioni, hanno fatto nascere nuove competenze e opportunità per l'imprenditore agricolo non solo dirette alla produzione, ma dirette anche alla gestione del territorio e alla fornitura di nuovi beni e servizi alla collettività.

Si rileva, inoltre, che a seguito del Regolamento (CE) n.1257/1999 del Consiglio del 17

maggio 1999, e del D.Lgs n.99 del 2004, è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura dell'imprenditore agricolo professionale (IAP), ossia colui il quale, in possesso di conoscenze e competenze professionali, dedica alle attività agricole direttamente o in qualità di socio di società, almeno il cinquanta per cento del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dalle attività medesime almeno il cinquanta per cento del proprio reddito globale da lavoro¹.

Un'agricoltura avanzata e moderna non può che essere competitiva, per meglio penetrare i mercati interni ed esteri, e sostenibile, da declinare in termini di qualità, difesa del territorio, promozione delle produzioni locali.

In tale direzione va senza dubbio la agricoltura "biologica". A livello comunitario l'Italia nel 2019 è il primo Paese europeo per numero di aziende agricole impegnate nel biologico con 80.643 operatori coinvolti, mentre anche le superfici coltivate a biologico sfiorano i 2 milioni di ettari².

In particolare, la Calabria è la seconda regione, dopo la Sicilia, per numero di aziende agricole impegnate nel biologico con 10.576 operatori coinvolti, mentre le superfici coltivate bio hanno raggiunto 208.292 ettari con un +3,7 rispetto al 2018, collocando la nostra regione in terza posizione, dopo Sicilia e Puglia '3'.

Un successo questo avvenuto nonostante una Politica agricola comune che non si è emancipata dal suo "produttivismo industrialista" senza dimenticare alcune rilevanti controtendenze nel frattempo maturate anche nelle strategie dell'Unione (Piero Bevilacqua 2022).

In tale direzione, "è importante notare che tanto l'agricoltura biologica quanto la biodinamica si inscrivono oggi all'interno del progetto "Green Deal, Europa primo continente a impatto climatico zero entro il 2050", di cui costituisce parte e tappa particolare un obiettivo di politica agricola: il raggiungimento di una superficie del 25% coltivata a biologico entro il 2030. Oggi la media è dell'8,5%, mentre l'Italia vanta una percentuale del 15,5%⁴⁵.

¹ cfr.art.1 D.Lgs n.99/2004 -Disposizioni in materia di soggetti e attività,integrità aziendale e semplificazione amministrativa in agricoltura.

² Cfr.Rapporto "Bio in cifre 2020" su sito ARSAC arsacweb.it.

³ cfr.Rapporto "Bio in cifre 2020" op.cit.

⁴ Osservatorio Sana 2020,Le dimensioni del mercato bio in Italia, a cura di Nomisma.

⁵ cfr. Piero BEVILACQUA, Una agricoltura per il futuro della terra Slow Food Editore, 2022, pag.194.

Per quanto riguarda l'integrazione tra agricoltura ed industria, il futuro fa perno sulla capacità degli agricoltori, di ottenere condizioni più favorevoli ed equilibrate nel processo di integrazione con l'industria alimentare e la distribuzione e riesaminando costantemente i fattori che influiscono sulla domanda di beni a cui adattare l'offerta dei prodotti agricoli.

Nell'ambito delle attività multifunzionali proprie del settore agricolo, di rilievo risultano le cd imprese agro-energetiche, divenute una componente ormai consolidata delle aziende agricole, al fine di far fronte ai costi crescenti delle forniture di energia fino a raggiungere l'autosufficienza energetica.

Nella stessa direzione, si inserisce il progetto "FAESI" (Filiera agro-energetiche nel sud Italia). Si tratta di un progetto interregionale finalizzato a promuovere la realizzazione ad opera di imprenditori agricoli, agro-industriali e industriali di filiere agro-energetiche nel sud Italia, in terreni marginali e non. Le regioni a cui sono particolarmente indirizzate le attività predette sono: la Calabria, la Campania, la Puglia e la Sardegna. Il progetto è finanziato dal Ministero per le Politiche agricole (MIPAAF), e vede quale soggetto attuatore, che funge da coordinamento tra le diverse regioni coinvolte il CREA (Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria), che affronta in particolare le tematiche legate alla sostenibilità in campo agricolo e forestale dell'utilizzazione di biomasse e di scarti per la produzione di energia. La Regione Calabria ha affidato all'ARSAC la gestione delle fasi attuative del progetto "FAESI", attraverso l'opera dei suoi Centri sperimentali dimostrativi e su differenti colture tipiche regionali¹.

Nell'ambito delle attività extra-agricole le attività di manutenzione del territorio costituiscono altre declinazioni dell'impresa agricola multifunzionale. A tal proposito, la generica definizione di "attività connesse" (all'attività agricola), di cui al citato Decreto legislativo n.228 del 18 maggio 2001 n.228, lascia ampio spazio a tipologie di lavori e servizi che l'agricoltore può assumere, mantenendo comunque la centralità dell'utilizzo di risorse e mezzi nell'attività agricola principale.

Sono in particolare gli artt.14 e 15 del decreto legislativo n.228/2001 che consentono la stipula di veri e propri contratti di appalti e convenzioni tra aziende agricole e pubbliche

¹ cfr. Progetto FAESI, sul sito istituzionale di ARSAC, arsac.calabria.it.

amministrazioni.

Si tratta di un ambito di attività connesse alle attività agricole da tempo avviato in altre regioni italiane. Infatti "se dal punto di vista degli enti pubblici si apre la possibilità di instaurare rapporti di collaborazione con chi vive e sviluppa la propria attività sul territorio, dal punto di vista dell'imprenditore agricolo si crea la possibilità di svolgere attività, appunto connesse alla normale attività agricola, che permettono l'integrazione del reddito aziendale "tipico", quindi il rafforzamento e lo sviluppo delle imprese¹.

L'art.14 consente l'instaurazione di collaborazioni tra enti pubblici ed agricoltori prioritariamente con lo scopo di promuovere le vocazioni produttive del territorio, la tutela delle produzioni di qualità e delle tradizioni locali, quindi delle tradizioni e dei prodotti tipici, biologici e di qualità che distinguono determinati distretti agroalimentari. Questo apre la strada ad una maggiore partecipazione degli agricoltori all'organizzazione e gestione di eventi promozionali rivolti in particolar modo al consumatore finale, e un avvicinamento alla fase di programmazione attivata dagli enti pubblici territoriali. Con l'art.15, invece, l'ente pubblico può sottoscrivere convenzioni e conferire appalti direttamente all'agricoltore per lo svolgimento di attività finalizzate alla sistemazione e manutenzione del territorio in senso generale, quindi alla salvaguardia del paesaggio agrario e forestale, alla cura e al mantenimento dell'assetto idrogeologico e pertanto prestazioni per la tutela delle vocazioni produttive presenti².

Ed ancora, è lo stesso Codice dei Contratti (D.Lgs 36/2023) che prevede "l'affidamento di servizi di importo inferiore ai 20.000 euro annui ad imprenditori agricoli nei Comuni classificati totalmente montani³.

Ed infine, anche la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato ha riconosciuto, che l'imprenditore agricolo costituito come società semplice, possa partecipare agli appalti pubblici⁴.

¹ cfr. Walter GHERARDI e Stefano NEGRONI, "L'Impresa agricola multifunzionale per la manutenzione del territorio - Regole per gli appalti e per l'impiego delle macchine agricole", su: coltura.regione.emilia-romagna.it, pag.4

² cfr. Walter GHERARDI e Stefano NEGRONI op.cit. pag.5

³ cfr.art-119, comma 3, D.lgs n.36/2023.

⁴ cfr. Consiglio di Stato, sent. 17 luglio 2013 n.3891

7.3 - LE RISORSE IDRICHE E I DEMANI CIVICI DELLE AREE INTERNE

Promuovere lo sviluppo rurale in generale ed in Calabria in particolare, dove sono prevalenti le aree interne, di montagna e di collina, postula una rinnovata attenzione anche al patrimonio delle risorse idriche e demaniali di cui queste aree sono ricche.

A tal proposito, "si definiscono "interne" quelle aree caratterizzate da una significativa distanza dai principali centri di offerta di servizi (Salute, Scuola, Mobilità), ma anche da una disponibilità elevata di importanti risorse ambientali (idriche, sistemi agricoli, foreste, paesaggi (naturali e umani) e risorse culturali (beni archeologici, insediamenti storici, abbazie, piccoli musei, centri di mestiere)"¹.

La "Strategia nazionale per le aree interne 2014-2020, è uno strumento di intervento dei Fondi strutturali europei del ciclo di programmazione 2014-2020. Si tratta di una strategia sostenuta sia dai fondi europei (FESR, FSE e FEASR), per il cofinanziamento dei progetti di sviluppo locale, e sia da risorse nazionali.

"Nel breve periodo, la Strategia ha il duplice obiettivo di adeguare la quantità e la qualità dei servizi di Salute, Scuola e Mobilità (cosiddetti servizi di cittadinanza), e di promuovere progetti di sviluppo che valorizzino il patrimonio naturale e culturale di queste aree, puntando anche su filiere produttive locali (mercato)"². "Nel medio periodo, la strategia ha lo scopo di contrastare, il declino demografico che caratterizza talune aree del paese, definite come quelle aree più lontane dai poli di servizio essenziale primario e avanzato, al fine di creare nuove possibilità di reddito ed assicurare agli abitanti maggiore accessibilità ai servizi essenziali, con riferimento prioritariamente ai servizi di trasporto pubblico locale, di istruzione e socio-sanitari" . "Nel lungo periodo, l'obiettivo della Strategia nazionale per le aree interne, è quello di invertire le attuali tendenze demografiche delle aree interne del Paese"³. In tale ambito, "l'articolo 58, del DL.77/2021 (cd. Semplificazioni) è intervenuto sul procedimento di attuazione della Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI), con finalità di semplificazione, prevedendo che all'attuazione degli interventi si provveda

¹ Cfr. Federico GAVIOLI, Agevolazioni per rientro in Italia e trasferimenti nei Comuni periferici o ultra periferici, su "Guida alla Riforma Fiscale" del Il Sole 24 Ore Speciale, settembre 2023 pag.28.

² cfr. F. Gaviolo, op.cit. pag.28.

³ cfr. F. Gaviolo, op.cit. pag.28.

mediante nuove modalità rispetto allo strumento dell'Accordo di programma quadro, che saranno individuate da una apposita delibera del Comitato Interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS)¹. Inoltre, il DL 120/2021 ha disposto l'utilizzo di quota parte delle risorse assegnate alla SNAI, e non utilizzate, alla specifica finalità della prevenzione degli incendi boschivi nelle aree interne". Ed ancora " La SNAI trova continuità nella programmazione 2021-2027, in base a quanto indicato nell'Accordo di Partenariato per l'Italia, con la previsione di ulteriori nuove 56 aree interne e la conferma di 67 delle 72 aree interne individuate nel ciclo 2014-2020". Ed inoltre "Il PNRR nell'ambito della missione 5, Componente 3 (interventi speciali di coesione territoriale) prevede il rafforzamento della Strategia nazionale per le Aree Interne attraverso misure a supporto dei livelli e della qualità dei servizi scolastici, sanitari e sociali, con un finanziamento complessivo di 825 milioni (sovvenzioni)". In particolare, "L'investimento per le aree interne si articola in due sub-investimenti : il Potenziamento servizi e infrastrutture sociali di comunità (725 milioni) e i servizi di prossimità territoriale (100 milioni). Il Piano complementare stanziava ulteriori 300 milioni destinati al miglioramento dell'accessibilità e della sicurezza delle strade nelle aree interne"²

A) QUESTIONE IDRICA E INFRASTRUTTURE

Una risorsa strategica del Mezzogiorno interno e della Calabria in particolare è l'acqua.

Secondo Giovanni Lamanna, "l'acqua è merce, servizio, materia prima per il progresso sociale e umano. Il complesso delle risorse idriche utilizzabili(...), ammontano nel Mezzogiorno a circa 20 miliardi di metri cubi" (...). Quando c'è un milione di ettari da irrigare, città da dissetare, industrie da mandare avanti. L'utilizzazione a scopi plurimi delle acque da valere in primo luogo per scopi produttivi in collina e in montagna è un obiettivo di primaria importanza che dobbiamo perseguire"³

¹ cfr. Dossier Ufficio Studi della Camera n.80/3).

² Federico GAVIOLI, Agevolazioni..., op. cit. pag.28.

³ Giovanni Lamanna, Il ruolo delle comunità montane per lo sviluppo della Calabria, su Atti del seminario "Una politica di intervento per la collina e la montagna", Arcavacata di rende, 20 febbraio 1976 pag.63.

L'articolo 144 del codice dell'ambiente (D.Lgs n.152/2006) afferma che le acque (superficiali e sotterranee) costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale". Secondo la più accreditata dottrina in materia, "la qualificazione dell'acqua come bene comune si dimostra coerente con l'elaborazione di una nozione dinamica di tutela, che non si diriga semplicemente ad un'azione di difesa, realizzata mediante una disciplina vincolistica e sanzionatoria, ma che al contrario, legghi, in senso funzionale e in modo reciproco, i profili di protezione ambientale con le concrete espressioni del godimento"¹.

Inoltre, "l'attribuzione di una posizione prioritaria al consumo umano accompagna alla sistemazione dell'uso agricolo al grado immediatamente successivo, specialmente "nei periodi di siccità e comunque nei casi di scarsità di risorse idriche, durante i quali si procede alla regolazione delle derivazioni in atto" (art.167 c.a.).La selezione normativa delle utilità generate dal bene si articola, in tal modo, anche mediante una graduazione delle forme di sfruttamento produttivo che, coerentemente con le recenti tendenze della legislazione italiana ed europea, manifesta un favor verso l'attività agricola, fondato non più su una logica produttivistica, bensì sulla funzione dell'ambiente e della salute"²(48).

Secondo il recente studio The European House-Ambrosetti e A2A, la siccità record del 2022 ha ridotto di 36 miliardi di metri cubi la disponibilità della risorsa idrica (un calo del 31% rispetto al 2021), di cui 7, 1 di acqua consumabile (-34%). Ha inoltre ridotto la produzione idroelettrica a 30, 3 TWh. Per trovare un valore analogo, ma con una potenza installata di tre volte inferiore a quella attuale bisogna risalire al 1954.La ricerca presentata a Cernobbio indica alcune azioni urgenti da mettere in campo, per recuperare 9, 5 miliardi di metri cubi di acqua con un investimento cumulato di 32, 9 miliardi di euro. Le azioni proposte sono: il riuso, soprattutto in ambito agricolo; la riduzione delle perdite della rete idrica, attualmente intorno al 42% (a fronte di una dispersione media europea del 25%); la riduzione dei consumi grazie ad una maggiore consapevolezza dei cittadini e alla diffusione degli smart water meter, oggi in Italia al 4% (contro una media europea del 49%); il recupero

¹ cfr. Mauro PENNASILICO, Manuale di Diritti civile dell'Ambiente, Edizioni Scientifiche italiane, pag.91.

² cfr. Pennasilico, op.cit.pag.92.

dell'acqua meteorica, attraverso l'implementazione dei laghetti e le grandi dighe¹.

Secondo Luca DAL FABBRO, vicepresidente vicario di UTILITALIA "il sistema ha bisogno di investimenti importanti, lo stress idrico italiano è il peggiore d'Europa: piove di meno, i ghiacciai progressivamente si sciolgono e manca l'acqua. L'industria legata all'acqua rappresenta il 18% del PIL nazionale, oltre 320 miliardi di euro. I 4, 3 miliardi legati al Pnrr non bastano da qui al 2026 per colmare il gap rispetto ai principali partner europei. Dopo il gas la prossima crisi sarà l'acqua, dunque dobbiamo attrezzarci in anticipo, aumentando le capacità di invaso, che dagli attuali 11, 8 miliardi di metri cubi possono arrivare a 13, 7 miliardi. Senza dimenticare il nodo delle acque reflue e la relativa normativa: in Italia il riuso a fini agricoli o industriali vale soltanto il 4% quando potrebbe arrivare al 23%. Vanno messe in discussione norme e priorità del settore idrico per rilanciare gli investimenti in tutto il Paese, a livello infrastrutturale e tecnologico"².

Quella di Dal Fabbro "una posizione condivisa dalla maggioranza dei grandi operatori idrici italiani. In questi giorni infatti, hanno già siglato il Patto per l'acqua le big A2A, Hera e Iren, Suez, le lombarde A cinque, Cap, Metropolitana Milanese e Tea, Acqua Novara Vco, Acquedotto Lucano, Acquedotto Pugliese, la siciliana Amap, le venete Ascopiave e Viveracqua, la valdostana Cva, le toscane Nuove Acque Publiacqua, Romagna Acque e la torinese Smat. Presto potrebbero aggiungersi nuovi aderenti all'iniziativa"³.

Per quanto riguarda la Regione Calabria, nel 2016 sono state censite 24 dighe. Infatti "in Calabria, il registro italiano dighe censisce 24 grandi dighe, la classificazione è data dalla legge: altezza dell'opera di sbarramento superiore di 15 metri o volume di invaso superiore di 1.000.000 metri cubi. Opere che dovevano rispondere all'esigenza di dare energia elettrica al Paese. Queste dighe, realizzate in Sila, oggi in concessione alla A2AS.p.A. (Arvo, Ampollino, Orichella, Poverella) in esercizio da molti decenni e ad ENEL (Ariamacina, Cecita) sono inserite in articolati complessi di utilizzazione idroelettrica, irrigua e idropotabile. Il destino delle altre è in forse. Alcune lasciate incompiute dalla dissoluzione della struttura tecnica dell'ex Cassa per il Mezzogiorno. Tra queste, solo per citare i casi più noti: la diga

¹ cfr. Sara DEGANELLO, "Crisi idrica, necessari 50 miliardi in 10 anni per superare l'emergenza"

² Luca Dal Fabbro, intervento riportato da Cheo Condina, "Utilitalia, Patto per l'acqua e investimenti a 6 miliardi", su Il Sole 24 Ore del 18 ottobre 2023.

³ Cheo CONDINA, Utilitalia, Patto per l'acqua e investimenti a 6 miliardi", su Il Sole 24 Ore -Rubrica Imprese e Territori, del 18 ottobre 2023

dell'Esaro, la diga del Melito, la diga del Metramo. In una condizione intermedia, con molte carenze e diverse aree di criticità, versano numerose delle dighe oggi in concessione ai consorzi di Bonifica della Regione Calabria(...). In molti di tali casi le inadempienze degli attuali gestori hanno indotto la Direzione generale per le dighe del Ministero Infrastrutture e trasporti (la struttura di controllo secondo la legislazione speciale per le dighe in Italia) ad imporre delle severe limitazioni di uso se non addirittura il completo svasso. Esempio tra questi, l'ordine di completo svasso della diga sul torrente Lordo, come anche le limitazioni di invaso della diga sul fiume Angitola (Pizzo) o di quella sul basso fiume Esaro (Roggiano Gravina)(omissis)¹.

Ad oggi la Diga sul Melito che dipende dal Consorzio di Bonifica di Catanzaro resta incompiuta².

Mentre la Diga sul Menta, già operativa, è destinataria di un investimento di 29 milioni di euro nell'ambito della programmazione dei fondi PNRR, che dovrà consentire la realizzazione di una serie di interventi fondamentali per il pieno sfruttamento idroelettrico ed idropotabile della diga stessa³.

Non c'è dubbio alcuno che "La Calabria è sì ricca di acqua ma tale disponibilità è dispersa in una grandissima moltitudine di piccole o piccolissime fonti" (...)."Un tale scenario di frammentazione, associato alle caratteristiche specifiche del regime idrologico del territorio della regione Calabria, ed unito alle prospettive sempre più incalzanti del cambiamento climatico già in atto, rende ancora più attuale il tema delle grandi dighe"⁴.

Pertanto, anche la Calabria, (e la provincia di Cosenza in particolare), può concorrere alle strategie nazionali che si vanno realizzando, e di cui il Patto per l'Acqua, di cui si è detto, è uno degli strumenti a cui è possibile ricorrere.

Si tratta, inoltre, di intensificare gli interventi di recupero delle risorse idriche sempre più indispensabili ai consumi potabili ed alle attività produttive soprattutto agricole. In tal senso il recupero del sistema delle dighe dell'Esaro al servizio dei territori della provincia di

¹ Adriano MOLLO, L'inchiesta, su Il Quotidiano del Sud del 18 giugno 2016 pag.6.

² Corriere della Calabria, 25 febbraio 2021 "Game over per la Diga del Melito dopo 104 milioni di euro spesi" (LaC News 24, 13 agosto 2022, Diga sul Melito, l'opera faraonica mai entrata in funzione: il Consorzio in default a causa dei contenziosi".

³ cfr. Corriere della Calabria, "PNRR, arrivano 29 milioni per la diga del Menta", 7 ottobre 2022.

⁴ Sergio DE MARCO (Sorical), su Il Quotidiano del Sud del 18 giugno 2016, L'inchiesta di Adriano Mollo.

Cosenza, che introduciamo nel presente testo per averne una conoscenza diretta e storica, ma che non si discosta da altre esperienze similari in altre province della Calabria e del Mezzogiorno, merita un giusto rilievo in vista del loro pieno recupero. Infatti dopo la realizzazione della diga del basso Esaro, in località Farneta del Principe in agro del Comune di Roggiano Gravina, alla fine degli anni 70, ad oggi risulta incompiuta la diga dell'Alto Esaro in località Cameli in agro del Comune di Sant'Agata d'Esaro.

Si tratta di un sistema di infrastrutture idriche al servizio dei bisogni idropotabili, agricoli, ed industriali delle aree urbane e dei territori della Valle dell'Esaro, della Valle Crati, della Piana di Sibari e della costa ionica, individuate dal Piano generale di Bonifica del 1962.

Allo stato attuale, a seguito di eventi imprevisti verificatisi durante l'esecuzione di parte dei lavori di costruzione della Diga, in località Cameli, in agro del Comune di Sant'Agata d'Esaro, e con più perizie di variante approvate, oltre a diverse vertenze che hanno riguardato le ditte appaltatrici, si è determinato il blocco dei lavori che dura dal 1987, anche se risultavano sostanzialmente completati i lavori relativi alla messa in sicurezza del sito (consolidamento fondazione diga e spalle), e quelle opere accessorie a valle (vasca di dissipazione ecc.). Il tempo trascorso ha certamente compromesso parte dei lavori già realizzati oltre ai terreni interessati.

E' evidente che dopo decenni di appalti avviati e sospesi, con numerose perizie di variante approvate, è urgente che le istituzioni nazionali e regionali pongano fine a tale situazione, completando questa opera rimasta incompiuta, nonostante la sua oggettiva valenza, per la disponibilità di risorse idriche aggiuntive per gli usi idropotabili (750 litri/s), per gli usi irrigui (1.300 l/s) e per la produzione idroelettrica (30 gigawatt), di cui il progetto esecutivo approvato con Delibera del 19 dicembre 1979 dalla CASMEZ¹ .

Sempre per la Diga dell'Alto Esaro, di località Cameli in Sant'Agata di Esaro, "Sorical aveva avviato la revisione del progetto, ottenendone una preventiva approvazione dalla IV Sezione del Consiglio Superiore LL.PP. ed aveva avviato la progettazione definitiva di una nuova soluzione, sia per la diga che per la galleria di derivazione e le opere di interconnessione con gli acquedotti potabili ed irrigui. Purtroppo le sopraggiunte condizioni di criticità finanziarie hanno interrotto tale azione, creando quindi le condizioni perché il finanziamento per 90

¹ cfr. F. Mollo, "Un fallimento lungo 30 anni", su "Il Quotidiano del Sud" del 13/10/2015.

milioni (rectius di euro) già assentito venisse revocato e destinato ad altre realizzazioni”¹.

Si tratta, quindi, di recuperare il tempo perduto come sta avvenendo per altre dighe incompiute. E’ il caso di ricordare la diga di Campolattaro. “Si tratta del più grande invaso artificiale della Campania (da 85 milioni di metri cubi di acqua) e tra i principali dell’Italia meridionale. L’opera è in costruzione da oltre 40 anni. Dapprincipio è stata finanziata dalla Cassa per il Mezzogiorno e quei lavori furono ultimati nel 1993, con una spesa che attualizzata supera i 200 milioni. In realtà, però, la diga è rimasta incompleta, (...) Nel 2007 la Regione Campania realizza un primo studio di fattibilità che prevede l’utilizzo per finalità potabili di una parte delle risorse idriche accumulate. E nel 2016 l’amministrazione (Giunta De Luca) decide di fare la progettazione definitiva.(...).Per condividere le scelte con il territorio si istituisce un tavolo Tecnico (tra il concessionario della Regione incaricato della progettazione dell’opera e la Provincia di Benevento).(...). Nel 2021 il Piano Campolattaro mette a segno due importanti risultati: rientra nell’elenco delle opere strategiche da finanziarie con i fondi europei del Recovery Fund, viene approvato il progetto di fattibilità. L’opera è stata inserita tra le prime dieci opere strategiche a livello nazionale anche prima che rientrasse con un parziale finanziamento nel PNRR (omissis)”².

Nell’ambito del recupero e della valorizzazione delle risorse idriche in Calabria, non è evitabile un riferimento ai “Contratti di Fiume e di lago”, che costituiscono un potenziale strumento di programmazione strategica e negoziale ad adesione volontaria “, di cui si possono avvalere gli enti locali territoriali per la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali e lacustri e di cui non si è finora fatto un adeguato utilizzo.

La importanza di tale strumentazione si ricava direttamente da quanto contenuto nel Regolamento regionale, a cui si rinvia, recante “Regolamento di attuazione di cui all’articolo 40 bis, comma 5, della legge regionale 16/4/2002, n.19 -Documento di indirizzo per l’attuazione dei contratti di fiume (...)”³. Non trascurabile, inoltre, è quanto previsto nel predetto Regolamento, dove si precisa che “qualora a livello locale non venga assunta alcuna iniziativa di Contratto di Fiume, la Giunta regionale può farsi promotrice della sua

¹ cfr. Adriano MOLLO, “Esaro, Menta e Melito le incompiute”, su Il Quotidiano del Sud del 16/6/2016.

² cfr. Vera VIOLA, Diga in costruzione da 40 anni – Ora però i lavori ripartono, su Il Sole 24 ore del 2 novembre 2023, pag.19.

³ cfr. BURC n.95 del 26/09/2016.

costituzione, anche attraverso pubblici avvisi, al fine di conseguire la tutela e la riqualificazione di fonti di acqua presenti in determinati luoghi, assicurando agli attori locali che vi aderiscono il proprio sostegno organizzativo ¹. Infine, potrà risultare molto utile per i territori e le comunità della Calabria, la Cabina di Regia per monitorare la disponibilità della risorsa idrica, e contrastare la siccità, istituita dalla Regione Calabria con delibera della G.R. n.70/2024 ²

B) TERRE DEMANIALI ED USI CIVICI

Il termine "terra" assume nel linguaggio comune una pluralità di significati secondo il contesto di riferimento. La polisemia del termine viene in questa sede declinato in termini di aree di un territorio gravato dall'uso civico. Si tratta di aree per lo più ricomprese nei demani comunali con vocazioni agricola, forestale e pastorale, e quasi sempre ubicate in località collinari e montane.

La insufficiente dimensioni delle aziende agricole, soprattutto in Calabria, la presenza di aree demaniali rilevanti, non utilizzate secondo le vocazioni naturali agro-silvo-pastorale, hanno da sempre aperto la discussione sulla possibilità che l'ingente patrimonio di queste terre cd . di uso civico possano essere messe a disposizione degli operatori agricoli interessati per consentire a costoro di sfruttarle, in modo sostenibile, e produttivo. In tale ambito, "l'aspetto della gestione delle terre civiche non è stato molto studiato ed approfondito in passato perché la legislazione aveva uno scopo fondamentale, che era quello di liquidare gli usi civici sulle proprietà private e di razionalizzare il demanio civico attraverso la sua parziale suddivisione a scopi agricoli, per cui la riflessione sul tema appariva del tutto marginale. Fallita tale prospettiva, è stato necessario proporre delle nuove utilizzazioni e soprattutto indicare gli strumenti attraverso cui il terreno civico potesse essere riscattato dall'abbandono e reso fruibile con sistemi economici che fossero compatibili con la proprietà collettiva, e quindi l'utilizzo promiscuo, sia con la conservazione e la valorizzazione dell'ambiente. Recentemente si è avuta dunque un'inversione di tendenza al riguardo (...). "Ed ancora "Una disanima ragionata delle possibilità di gestione dei demani civici è stata compiuta da Pietro Nervi, un'economista assai attento ai profili delle risorse naturali, il quale ha distinto nella gestione dei demani civici, non diversamente dalle altre attività di gestione economica, quattro momenti: patrimoniale, monetario, finanziario, economico". Il lavoro di Nervi mette

¹ Reg. op.cit.;² A.Ricchio,"Una cabina di regia per monitorare le risorse idriche"-Gazzetta del Sud del 17.4.2024 pag.16)

in luce la multiformità del patrimonio civico, il quale adempie a tre grandi categorie di finalità o funzioni: una funzione ecologica, una funzione economica, una funzione socio-culturale. La finalità ecologica è quella che permette il funzionamento e la conservazione del sistema, in cui le risorse naturali devono essere mantenute anche attraverso il lavoro dell'uomo; la funzione economica è quella collegata allo sfruttamento delle risorse, mentre la funzione socio-culturale è collegata a numerosi usi non economici, quali l'attività all'aria aperta, gli usi estetici, l'ambiente di vita e le attività sportive"¹.

Ed ancora "può comunque dirsi come l'esame di numerosi esempi di gestione dei beni civici e collettivi abbia permesso di "riconoscere l'importante funzione di tutela, gestione e sviluppo delle risorse territoriali (naturali ed antropiche) svolte dagli enti di gestione dei demani civici laddove questi sono operanti"².

Secondo Nervi, i demani civici e le proprietà collettive meritano di essere promossi e valorizzati, si qualificano sotto il profilo economico, " non per massimizzare il profitto, ma per migliorare la situazione economica"; sotto il profilo sociale, "i demani civici e le proprietà collettive si qualificano per l'assenza di lucro nei loro atti di costituzione..., i loro obiettivi sono quelli di offrire beni e servizi ai loro componenti"³.

Secondo F. Marinelli, "un fenomeno che appare pienamente compatibile con la funzione agricola ed ambientale del demanio civico e degli usi civici è quello dell'agriturismo che negli ultimi anni si è andato molto diffondendo, collegandosi ad un sensibile aumento dell'offerta turistica, sia alberghiera, sia ristorativa, sia genericamente ricreativa. Si tratta della possibilità di utilizzare particolari risorse agricole in zone a scarsa redditività specifica, attraverso l'offerta di servizi in qualche misura collegati ai prodotti del territorio, che possono aumentare la redditività complessiva dei terreni".(...) "Il problema del rapporto tra agriturismo ed usi civici si pone nel senso che tale attività di servizio potrebbe essere compiuta su terreni demaniali civici da parte delle popolazioni locali. Si pensi ad una cooperativa di naturali che volesse aprire un ristorante in un casolare di proprietà demaniale utilizzando i frutti dei terreni (demaniali) circostanti. Non si vede perché ciò non dovrebbe essere permesso, ovviamente riconoscendosi un contributo a favore della comunità

¹ Fabrizio MARINELLI, *Gli Usi Civici*, Giuffrè pag.250-251.

² P. Nervi, *Aspetti economici della gestione delle terre civiche nella realtà attuale*, pag.377.

³ cfr. P. Nervi, *op.cit.* pag.377.

proprietaria del terreno utilizzato. Peraltro, poiché l'art.10 della legge 17 maggio 1983, n.217, e l'art.2 della legge 5 dicembre 1985, n.730, prevedono che l'attività agrituristica possa essere esercitata anche da associazioni senza scopo di lucro, la stessa potrebbe utilmente essere svolta anche dalle associazioni agrarie o dalle amministrazioni separate e frazionali. In tal modo il valore della conservazione della natura sarebbe tutelato(...), e contemporaneamente i naturali del luogo potrebbero avere convenienza ad iniziare un'attività strettamente connessa all'agricoltura ma maggiormente orientata verso una domanda moderna e qualificata di servizi, protetta da incentivi finanziari e fiscali"¹.

D'altra parte non bisogna dimenticare le cd utilizzazioni naturalistiche che " sono sempre legate al desiderio di passare giornate a contatto con la natura usufruendo di ambienti e cibi naturali e genuini tanto che per lo sviluppo di un turismo, ad impatto morbido, diffuso sul territorio, privo di mega strutture e basato sulle aziende e sulle strutture rurali, si è sempre fatto riferimento a piani integrati contenenti anche ipotesi di restauro ambientale e di fruizione delle zone agricole e silvo forestali". Ed ancora "l'utilizzazione naturalistica del beni civici può garantire la rivitalizzazione di aree marginali e depresse senza determinare effetti di impatto ambientale collegati con la presenza umana, ma anzi consentendo di integrare il reddito prettamente agricolo e di reperire, quindi, i fondi necessari per la conservazione e per la protezione del dissesto idrogeologico e della pressione antropica"².

In ultima analisi, e con specifico riguardo alla frammentazione delle dimensioni aziendali che ricorre in Calabria, ed in particolare nelle aree interne di collina e di montagna, deve trovare il più ampio sostegno la esigenza di poter potenziare le dimensioni aziendali, attraverso la disponibilità di nuovi terreni, per lo più abbandonati e/o sottoutilizzati, da destinare a colture agricole soprattutto biologiche, anche attraverso l'associazionismo di gruppo e la cooperazione tra le imprese. In tale direzione potrà assumere una particolare importanza l'istituzione nelle aree montane del "Registro dei terreni silenti", che la approvanda nuova Legge sulla Montagna, prevede per valorizzare il territorio agro-silvo-pastorale, salvaguardare l'assetto idrogeologico, prevenire e contenere il rischio di incendi, il degrado ambientale e soprattutto per promuovere il recupero produttivo delle proprietà fondiarie

¹ cfr. Marinelli op cit. pag.254.

² Cfr. M. Samperi, le utilizzazioni naturalistiche dei beni civici, in Gli usi civici. Realtà attuale e prospettive, cit., pag.159-161.

frammentate e dei terreni abbandonati o silenti”¹.

Tra le esperienze promosse e realizzate in materia di utilizzo di terre abbandonate ed incolte, sostenute dal legislatore attraverso la legge n.123/2017, è meritevole di notazione il progetto SIBATER (supporto istituzionale alla Banca delle terre).

Si tratta di uno strumento, quello di SIBATER e Banca delle terre, che ha già coinvolto in Italia numerose amministrazioni comunali ed enti pubblici e privati, e che può essere ancora di più e meglio utilizzato soprattutto nelle aree interne.

A tal fine con l’art.3 della legge n.123/2017, (recante “Banca delle terre abbandonate e incolte e misure per la valorizzazione dei beni non utilizzati nelle regioni del Mezzogiorno”), il Governo nazionale ha istituito la “Banca nazionale delle terre abbandonate ed incolte”.

La “Banca delle terre SiBater consente, tra l’altro, ai Comuni di censire il proprio patrimonio di terre ed altri immobili rurali, favorendo nuove opportunità occupazionali e di reddito attraverso l’affidamento in gestione dei beni censiti. In particolare, “ il metodo SiBater prevede l’affiancamento del Comune per favorire l’incontro tra domanda e offerta di terre e generare sul territorio progetti di valorizzazione e sviluppo sostenibile, con l’ingaggio del partenariato istituzionale ed economico-sociale. I partners appartengono al mondo della agricoltura, della cooperazione, della cultura, della ricerca e dell’università”².

In ultima analisi, è ormai un dato che emerge da tutte le analisi territoriali, che le terre inutilizzate (pubbliche e private) ostacolano l’accesso alla terra da parte dei giovani e nei contesti territoriali fragili, anche l’avvio ed il consolidamento dei processi di sviluppo locale.

¹ cfr. Andrea Marini Montagna: Agevolazioni per docenti, medici e imprese - su Il Sole 24 Ore del 24 ottobre 2023

² cfr. Unità di Coordinamento SiBater, “SIBATER in Calabria: esperienze e stato di attuazione”, Documento di presentazione del 4 maggio 2022, Catanzaro Cittadella Regionale.

PARTE SECONDA

GLI APPALTI E IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

8 - GLI APPALTI PUBBLICI E IL NUOVO CODICE EX D.LGS N.36/2023

La conoscenza più appropriata del nuovo Codice degli appalti, di recente approvato dal Governo con il D.Lgs n.36 del 31 Marzo 2023, costituisce uno strumento indispensabile per implementare le politiche pubbliche di sviluppo, soprattutto con riguardo ai molteplici ambiti di competenza degli enti locali territoriali, a cominciare dalla gestione degli investimenti legati alle infrastrutture civili.

Non possiamo però, introdurre la materia degli appalti pubblici, senza una notazione sull'istituto dell'Appalto, che il codice civile all'art.1665 definisce come "il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro".

Lo stesso istituto è definito, nell'ambito dei contratti pubblici, come "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi"¹

L'importanza rappresentata dagli appalti pubblici nell'economia nazionale e dell'Unione è un dato oggettivo. Basti pensare che il TED (Tenders Electronic Daily), la versione on line del supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea che si occupa di appalti pubblici europei, pubblica 460.000 bandi di gara all'anno per un valore di circa 420 miliardi di euro e ogni anno oltre 250.000 amministrazioni pubbliche dell'UE spendono circa il 14% del PIL per acquisti di servizi, lavori o forniture².

Una delle differenze del contratto di appalto "pubblicistico" rispetto a quello "privatistico" risiede nella forma, che deve essere per iscritto come prescritto dalle norme pregresse e vigenti in materia di contratti pubblici, mentre per il contratto privatistico può lo stesso

¹ cfr. Allegato I1, art.2, comma 1, lett.b) del Codice del 2023.

² cfr. Marco TERREI - Rosalia TERREI, Manuale operativo sugli appalti, Editore Key, Milano gennaio 2022, pag.17.

essere stipulato in forma orale, richiedentesi la forma scritta solo "ad probationem". Si tratta di requisito, la forma scritta, richiesto ab substantiam, che nel diritto amministrativo è molto risalente, come si evince dagli articoli 16 e 17 del r.d. 2440 del 1923. D'altra parte, i requisiti di forma e di sostanza, per la validità di un contratto sono quelli che stabilisce la legge del tempo in cui il contratto è compiuto¹.

La semplificazione in materia di contratti pubblici, quale riforma strategica dal PNRR, è stata richiesta all'Italia per superare la complessità del Codice del 2016, emanando una disciplina più snella e intellegibile di quella del 2016 (D.Lgs n.50 /2016). Il tutto in conformità alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e agli indirizzi consolidati della giurisprudenza amministrativa e eurounitaria in materia di contratti pubblici.

Le direttive predette rappresentano, la base giuridica anche della nuova normativa nazionale in materia di appalti pubblici. A tal fine, con la legge 21 giugno 2022, n.78, il Governo è stato delegato a razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, anche al fine di adeguarla al diritto europeo ed alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali. I principali criteri direttivi affermati dalla riforma sono i seguenti:

- a) divieto di 'gold plating', intesa come "stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse";
- b) revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione (...) al fine di rafforzare le funzioni di vigilanza sul settore e supporto alle stazioni appaltanti";
- c) sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, con la ridefinizione e rafforzamento della relativa disciplina al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse;
- d) "criteri premiali per l'aggregazione di impresa, diretti a favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese";

¹ cfr. Cassazione 7.3.2021, n.3340, rv.54522.

- e) di suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, con obbligo di motivare la decisione di non procedere a detta suddivisione e con divieto di accorpamento artificioso dei lotti(...), anche al fine di valorizzare le imprese di prossimità”;
- f) “semplificazione della disciplina applicabile ai contratti sotto soglia, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, rotazione, non discriminazione, proporzionalità”;
- g) “semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca, nonché in innovazione sociale”;
- h) obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, (...). Un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro;
- i) “previsione del divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione”
- j) “ riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, (...), anche attraverso la digitalizzazione e l’informatizzazione delle procedure”;
- k) “razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine rendere le regole di partecipazione chiare e certe”;
- l) “criteri di aggiudicazione con l’individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui si potrà ricorrere al solo criterio del prezzo o del costo”;
- m) “semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e della attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici” (cfr.art.1, comma 2°, della legge 21 giugno

2022, n.78).

Da ricordare, inoltre, che anche il nuovo Codice del 2023, come quello del 2016 (art.30, comma 8, D.lgs n.50/2016) ha stabilito la applicazione integrativa delle norme di cui alla legge 241/1990 e al Codice civile. A tal fine, nel Codice del 2023, si precisa che: “ per quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990 n.241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile” (comma 1°, art.12(norme di rinvio” del D.Lgs n.36/2023).

Lo strumento cardine di tale processo di riforma è soprattutto la digitalizzazione e il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni aggiudicatrici, attesi i ritardi dei processi di digitalizzazione che continuano a caratterizzare l'Italia rispetto agli altri Paesi dell'Unione.

Si è previsto, in particolare, un processo di revisione della materia che consiste in tre diverse azioni. “In primo luogo, si definiscono azioni di formazione e supporto, attraverso un intenso programma di informazione, formazione e tutoraggio svolto da personale specializzato nella gestione delle procedure di acquisto, in modalità digitale e nell'utilizzo di strumenti avanzati di acquisto e negoziazione(...). La seconda linea di azione, riguarda la definizione di strumenti di acquisto avanzati: mettendo a disposizione delle Amministrazioni specifici “contratti” (es. contratti-quadro/accordi quadro, contratti ad hoc) funzionali alla più efficiente ed efficace realizzazione dei progetti, nonché servizi di formazione e supporto necessari per il loro ottimale utilizzo. Consip utilizzerà le proprie competenze tecniche per svolgere tutte le attività necessarie alla realizzazione, gestione e supporto nell'utilizzo dei contratti, tra cui la valutazione dei bisogni, la pianificazione delle procedure, la preparazione della documentazione di gara, la gestione dei contratti. Infine, si procederà all'evoluzione del sistema nazionale di e-Procurement, attraverso la digitalizzazione end-to-end dei processi di approvvigionamento pubblico¹.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici approvato con il Decreto legislativo 31 marzo 2023, n.36)², in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n.78, si articola in 229 articoli,

¹ cfr. PNRR, Piano Nazionale di Riprese e di resilienza, 1/3 Il Sole 24 Ore -Speciale, 6 maggio 2021, pag.70.

² D.Lgs n.36 del 31.3.2023, pubblicato in G.U. - Serie generale n.87 del 13 aprile 2023 - Supplemento ordinario n.14, entrato in vigore il 1 aprile 2023, con efficacia dal 1 luglio 2023.

e nr.36 allegati . Sul piano formale, la legge 78/2022, sulla falsariga di quella precedente (n.11 del 28 gennaio 2016) prevede una riforma della materia, finalizzata a garantire un più elevato livello di certezza del diritto, in stretta aderenza al PNRR ed alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse (art.1 comma 2° lett. a) della legge n.78/2022, e già art. 1, comma 1, lett. d), legge delega n.11/2016).

8.1 - I PRINCIPI GUIDA NELLE PROCEDURE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Il nuovo Codice degli appalti pubblici, di cui al D.Lgs n.36 del 31/3/2023, è il frutto diretto delle sollecitazioni dell'UE alla innovazione, alla digitalizzazione ed alla semplificazione ed in particolare riforma prevista dal Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR), dove la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni risulta un obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia. Nella stessa prospettiva risulta prioritaria un'altra delle riforme previste dal PNRR, quella denominata "Recovery Procurement Platform – Digitalizzazione e rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni aggiudicatrici".

Il nuovo Codice presenta aspetti molto innovativi, sia sul piano dell'impostazione generale che su quello dei contenuti. E' un Codice cd "autoesecutivo", di cui si è sempre richiesta l'implementazione.

Si tratta di un Codice che comprende 36 Allegati che sostituiscono più di un centinaio tra regolamenti e linee guida, rendendo le norme immediatamente operative. Si compone di 5 libri e contiene 229 articoli oltre a 36 allegati come già detto.

E' un Codice che arriva a "Direttive comunitarie invariate", in quanto vigenti le direttive comunitarie 23, 24 e 25 del 2014, sotto la spinta del sistema produttivo e nella direzione di riduzione dell'abuso del "gold plating", inteso come l'aggiunta non necessaria di regolamentazione nazionale o di diritto interno alla regolamentazione comunitaria, già di per sé adeguata e completa. Ma veniamo ai contenuti base che attengono alle procedure di appalto.

Un caposaldo del nuovo Codice è soprattutto costituito dalla codificazione dei "principi generali", con funzione ordinante e nomofilattica che recepiscono principi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente". A tal proposito il Consiglio di Stato, ha ribadito che "i principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzate da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme"¹.

Il Codice ex D.Lgs 36, dedica ai "principi" la Parte I del Libro I, articolata in due Titoli. Il primo composto di dodici articoli, disciplina i principi generali ai quali si ispira il nuovo Codice. A tal proposito va precisato che per disposto normativo (art.4), solo i principi richiamati negli articoli da 1 a 3 (principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato) hanno una valenza ermeneutica generalizzata, mentre per gli altri si configura una ordinaria valenza precettiva. La codificazione dei principi generali, nell'intento del legislatore, si propone di rappresentare una sorta di bussola ermeneutica per orientare l'azione di tutti i soggetti coinvolti negli appalti pubblici. Si tratta di principi fondamentali che vengono di seguito distinti.

- a) Il "principio del risultato", enunciato dall'art.1, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della relativa esecuzione: con la massima tempestività; con il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo; conformità ai principi di legalità, trasparenza e concorrenza Il risultato postulato dall'art.1 del Codice, si declina nell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, del servizio o della fornitura. In ultima analisi, il Codice degli appalti appena variato, è lo strumento per declinare i precetti costituzionali di "buon andamento" e "imparzialità" dell'amministrazione, quale fase per legittimare il principio del risultato solo adesso dal Codice reso esplicito. Inoltre, si tratta di principi che il legislatore ha inteso stabilire quali "principi interpretativi

¹ Cons. Stato, Ad. Plen. 7 maggio 2013, n.13.

cogenti”, laddove si precisa che “il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, nonché per : a) valutare la responsabilità che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva” (cfr. art.1, Codice del 2023)

- b) Il “principio di fiducia”, di cui all’art. 2, rappresenta una vera e propria svolta del nuovo Codice. Esso è finalizzato a responsabilizzare i funzionari pubblici, in tal guisa spinti a porre in essere le più opportune scelte, in direzione del perseguimento del risultato prefissato valorizzando l’iniziativa e l’autonomia decisionale degli stessi. Infatti, il secondo comma dell’articolo 2, afferma che il “principio della fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato” Speculare all’attuazione di tale previsione, è quanto contenuto nel terzo comma del predette articolo, nel quale si fornisce una definizione normativa di “colpa grave” del funzionario pubblico al fine di assicurare certezza interpretativa in sede di accertamento della responsabilità erariale da parte del Giudice contabile. A tal fine il nuovo Codice (art.2 terzo comma), ha stabilito: “ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli autovincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l’omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell’attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze in relazione al caso concreto.(omissis)”.Ed ancora, di rilievo è quanto disposto dal comma 4 art.2), il quale impegna le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, ad adottare azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti con particolare riguardo ai piani di formazione (cfr. art.2 del Codice 2023).
- c) Il “principio dell’accesso al mercato”. Altro principio impegnativo è previsto all’art.3 del Codice, dell’accesso al mercato degli operatori economici. Anche per tale principio

si tratta di una vera e propria specificazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, strettamente legati al principio fondamentale del "risultato" di cui si è detto (cfr.art.3 del Codice del 2023). In tal se ambito, il Consiglio di Stato, con una recente sentenza il Consiglio di Stato, ha evidenziato il carattere organico dei principi in discussione, che costituiscono soprattutto attuazione delle regole costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art.97 della Costituzione. Mentre il "principio di proporzionalità", comprende il divieto di aggravio del procedimento soprattutto nell'interpretazione delle prescrizioni della legge di gara per impedire adempimenti superflui a carico degli operatori economici¹.

- d) I "Principi di Buona fede e dell'Affidamento". L'art.5 del nuovo Codice enuncia i predetti principi, prescrivendo che nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si devono comportare reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. In particolare il comma 2 stabilisce che nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste il cd. "affidamento dell'operatore economico", rispettivamente: a) sul legittimo esercizio del potere; b) sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede (cfr.art.5 del Codice del 2023. A tal proposito il Consiglio di Stato con una importante sentenza ha ribadito che anche nel settore dei contratti pubblici, sussiste la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei principi generali di correttezza e buona fede. Inoltre, sotto il profilo processuale, ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo operatore pretermesso, resta inalterata la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito la aggiudicazione illegittima con comportamenti illeciti². Ed ancora con l'articolo 209 del nuovo Codice ha sostituito integralmente l'art.124 del c.p.a., prevedendo l'estensione della cognizione del giudice amministrativo anche alle azioni risarcitorie e a quelle di

¹ Cfr. CdS, sez.IV, 20 aprile 2023, n.4014.

² cfr. Consiglio di Stato - Adunanza plenaria, sentenza n.21 del 29 novembre 2021, n.21.

rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che ha concorso a determinare l'illegittima aggiudicazione della gara (cfr. art.209, comma 6, lett.d) del Codice del 2023).

- e) I "principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale". L'articolo 6 richiama i "principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale", nonché i rapporti con gli enti del terzo settore. A tal fine il primo periodo dell'unico comma prevede che, in attuazione dei predetti principi, la pubblica amministrazione può rappresentare in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi per le attività di valenza sociale caratterizzati: dalla co-amministrazione, dall'assenza di rapporti sinallagmatici, dalla condivisione della funzione amministrativa con enti privati. A tal fine l'art.55 e seguenti del Titolo VII del D.Lgs 117/2017 (Codice del terzo settore), prevedono che in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia ed economicità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche assicurano il coinvolgimento attivo degli Enti del terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e coprogettazione e accreditamento(cfr. art.6 del Codice del 2023).
- f) Il "principio di "autorganizzazione amministrativa". L'articolo 7 del nuovo Codice enuncia il principio di autorganizzazione amministrativa", recependo i contenuti dell'art.2 della direttiva 2014/23/UE, secondo il quale le autorità nazionali "possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni". Il comma 1 del nuovo Codice prevede che le pubbliche amministrazioni organizzano in autonomia l'esecuzione di lavori o la erogazione di beni e servizi attraverso l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del Codice e dell'Unione. Si tratta di una norma che tende a limitare la precedente preferenza verso l'esternalizzazione dei servizi. In tale contesto, l'affidamento diretto a società cosiddette in house pacificamente ammesso dalla normativa eurounitaria ma a precise condizioni che ne consentono l'attuazione, al fine di evitare le inefficienze del mercato e la distorsione della concorrenza. Il nuovo Codice semplifica il ricorso agli affidamenti "in house" rispetto al vecchio Codice, ma

ne attenua l'onere motivazionale, stabilendo, al secondo periodo del comma 2, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato soprattutto da ragioni economico sociali più che giuridiche, in cui si dovrà per ciascun affidamento dare atto nel provvedimento: dei vantaggi per la collettività; delle connessi esternalità; e della congruità e convenienza economica della prestazione. Inoltre, l'onere motivazionale è ulteriormente attenuato per prestazioni strumentali alla pubblica amministrazione come prevede il comma 2 del predetto articolo 7. Mentre dal comma 3 si evince che la disciplina dell'affidamento "in house" dei servizi locali di interesse economico generale, resta quella prevista dal D.Lgs 23 dicembre 2022, n.231. Il comma 4 precisa le condizioni in presenza delle quali è possibile realizzare la cooperazione tra stazioni appaltanti per l'esecuzione di lavori o l'acquisizione di beni e servizi. Le condizioni sono le seguenti: "a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione" (cfr. art.7. del Codice 2023).

- g) Il "principio di autonomia contrattuale". L'articolo 8 del Codice, codifica il "principio di autonomia contrattuale" e disciplina il divieto di prestazione d'opera intellettuale a titolo gratuito. A tal fine il comma 1 prevede che nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvo i divieti previsti dal Codice e da altre disposizioni di legge. Il nuovo Codice con l'articolo 8 riconosce alle pubbliche amministrazioni il principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art.1322 del codice civile, fatti salvi i divieti posti dalla legge. Ed è appunto il comma 2 dell'articolo 8 in esame, pone il generale divieto di prestazione d'opera intellettuale a

titolo gratuito, fatti salvi i casi eccezionali se motivati adeguatamente. La norma assicura anche l'applicazione dell'equo compenso, che il legislatore si è premurato di disciplinare compiutamente con una specifica legge, la n.49 del 21 aprile 2023 (pubblicata in G.U. 5 maggio 2023). Il comma 3 del medesimo articolo 8, riconosce la capacità delle amministrazioni di ricevere donazioni di beni e servizi, rispondenti all'interesse pubblico, senza obbligo di gara (cfr. art.8 del Codice del 2023).

- h) Il "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale". L'art.9 del nuovo Codice afferma il predetto principio scaturito, in particolare, a seguito della crisi pandemica da COVID-19 e dal tragico conflitto bellico provocato dalla Russia, contro l'Ucraina, che ha sconvolto l'economia globale, che costituiscono eventi eccezionali esterni ai rapporti contrattuali e del tutto imprevedibili che hanno inciso fortemente sul sinallagma contrattuale. Ne è scaturita l'esigenza di adottare una disciplina generale per simili evenienze, al fine di ripristinare l'equilibrio economico del contratto, a favore della parte svantaggiata a cui il comma 1, assicura l'iniziativa, a meno che questa non abbia volontariamente assunto in contratto i relativi rischi. In particolare, la rinegoziazione deve avvenire secondo il "principio della buona fede", che costituisce un principio consolidato in materia contrattuale, con la prescrizione che le somme occorrenti devono essere reperite tra quelle a disposizione indicate nel "Quadro economico" dell'intervento, tra le voci "imprevisti ed accantonamenti", e se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta. Il comma 2, dispone che nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione deve limitarsi a ripristinare l'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, senza alterarne la sostanza economica. Ne consegue che tale previsione non può essere invocata per eludere la procedura ad evidenza pubblica e che le relative norme sono di stretta e rigorosa applicazione. Il comma 5, prevede che in applicazione del predetto principio, si applicano le disposizioni, di cui agli articoli 60 e 120 del Codice, inerenti gli istituti della "revisione prezzi" e della "modifica dei contratti in corso di esecuzione" (cfr. art.9 del Codice del 2023).
- i) I "principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione". L'articolo 10 del nuovo Codice codifica i predetti principi, prevedendo al comma 1, che i contratti pubblici non sono affidati agli operatori nei confronti dei quali sussistano

una o più cause di esclusione espressamente previste dal Codice. Il comma 2 dispone che le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative ed integrano di diritto i bandi e le lettere di invito. L'intento del legislatore è stato quello di riordinare e codificare tutti i motivi di esclusione e dall'altro di vietare la introduzione di cause di esclusioni con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando. Il comma 3 statuisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali che siano rispettivamente: di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale; attinenti a proporzionali all'oggetto del contratto; tenendo presente l'interesse pubblico alla massima partecipazione di potenziali concorrenti; favorendo, per quanto possibile, "l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese" (cfr. art.10 del Codice del 2023).

- j) Il "principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore". L'articolo 11 del nuovo Codice disciplina il predetto principio. Esso postula l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore ai dipendenti dei soggetti aggiudicatari e statuisce sulle inadempienze retributive e contributive degli operatori economici. Secondo il comma 1 del predetto articolo le imprese devono applicare "il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro(omissis)", . A tal fine, l'obbligo di applicare il CCNL indicato dalla stazione appaltante è ritenuto dal Codice inviolabile da parte dei concorrenti a pena di esclusione. In tale ambito non è superfluo precisare, che nel caso in cui alcuni concorrenti intendano applicare ai propri dipendenti un contratto diversi da quello indicato nel bando, peraltro consentito, in sede di gara si deve accertare l'effettività parità delle tutele assicurate dai due accordi collettivi attivando le procedure dell'art.110 (Offerte anormalmente basse), Il comma 5 del predetto 'articolo 11 assicura altresì le medesime tutele ai lavoratori delle imprese subappaltatrici. Infine, di particolare valenza giuridica e sociale è quanto prevede il comma 6 dell'articolo 11 che disciplina puntualmente l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienze retributive o contributive dell'appaltatore (cfr. art.11 del Codice del 2023). .

In relazione ai principi generali appena descritti, risulta opportuna una notazione sulla loro concreta e puntuale applicazione ovvero sulla loro declinazione in prassi attuativa. Secondo

la più autorevole dottrina, "la prassi può modificare e specificare, ma non contraddire le norme gerarchicamente superiori, specie di rango costituzionale ... La maggiore difficoltà sta non tanto nell'individuare le costanti e le diversità dei comportamenti, quanto soprattutto nel sottoporli al giudizio di conformità, si da impedire che una pratica distorta possa con il tempo incidere talmente da condizionare l'attuazione delle scelte del legislatore ..."¹.

¹ cfr. Pietro PERLINGIERI, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle fonti*- Vol.I -Metodi e tecniche, 4° edizione, Edizioni Scientifiche italiane, pag.90.

8.2 - LA DIGITALIZZAZIONE E L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL CICLO DI VITA DEGLI APPALTI

Il Codice, di cui al D.Lgs n.36 del 31 marzo 2023 n.36, dedica un'intera parte (libro I, Parte II) alla digitalizzazione (artt. da 19 a 36). A tal fine "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale (...). garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica" (comma 1°, art.19 del Codice).

L'articolo 30 del Codice disciplina l'automazione delle attività delle stazioni appaltanti. A tal fine: "Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia" (comma 1°, art.30 del Codice).

Inoltre, "le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici" (comma 3°, art.30 del Codice del 2023).

Ed ancora "le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività" (comma 5°, art.30 del Codice del 2023).

Era inevitabile, che il nuovo Codice si avvallesse a pieno titolo delle procedure automatizzate, e della intelligenza artificiale, destinata ad essere sempre più protagonista anche al servizio delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di soluzioni tecnologiche nuove, tra le quali il nuovo Codice richiama anche l'intelligenza artificiale (IA), e le tecnologie di registri distribuiti

(queste ultime note come tecnologia blockchain).

Il Codice, già all'art.19, stabilisce che "ove possibile e in relazione al tipo di procedura di affidamento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ricorrono a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte ai sensi dell'art.30" (comma 7°, art.19 del Codice).

Inoltre, "col comma 2 vengono indicate le due condizioni da rispettare in fase di acquisto o sviluppo delle soluzioni per l'automazione delle attività della stazione appaltante, ovvero: la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione nonché di ogni altro elemento utile a comprendere le logiche di funzionamento;

l'inserimento di clausole, negli atti di indizione della gara, volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie per la correzione degli errori e degli effetti indesiderati potenziali.(...).

Entrambi le condizioni sono volte a garantire una certa "controllabilità" del sistema che verrà utilizzato nella procedura:...da una parte, la presenza di un costante monitoraggio dei possibili errori...; dall'altra parte, il controllo passa attraverso la ostensione di quel codice sorgente su cui si basa il funzionamento dl sistema algoritmico....La disponibilità del codice sorgente deve essere coordinata con la previsione dell'art.35, comma 5, dl Codice 2023, per la quale l'accesso al codice sorgente delle piattaforme digitali di procurement può essere reso solo nel caso in cui ciò sia "indispensabile" ai fini della difesa in giudizio, dove il requisito della "indispensabilità" sembra richiedere una valutazione caso per caso della richiesta di ostensione del codice sorgente, orientamento che si legge nella giurisprudenza più recente (cfr.TAR Lazio, sez. III bis, sentenza 30 giugno 2020, n.7370)"¹.

Un accenno finale sulle gare svolte in modalità telematiche e sul rispetto del principio di pubblicità delle stesse, modalità che consentono di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati, garantendo una diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica, in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza per l'integrità degli atti di gara².

¹ cfr. Mario DI CARLO – Matteo LORUSSO, Intelligenza artificiale e blockchain: le procedure automatizzate, su Il Codice degli appalti, Guida Operativa de il Sole 24 Ore, maggio 2023 pag.49.

² cfr. Consiglio di Stato, sezione III, 15 novembre 2016 n.4990 ; Consiglio di Stato sezione III, 13/12/2018,

8.3 - LA PROGRAMMAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI, DEI SERVIZI E DEGLI ACQUISTI

L'art.37 del nuovo codice contratti pubblici fissa l'obbligo di adozione del Programma triennale dei lavori pubblici ed del programma triennale degli acquisti di beni e servizi.

I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili.

L'art.37, disciplina la predetta programmazione.

Esso dispone che l'attività di realizzazione dei lavori da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, rientranti nell'ambito di applicazione e aventi singolo importo superiore a 150.000 euro, si svolga sulla base di un Programma Triennale dei lavori Pubblici e di suoi aggiornamenti annuali.

I lavori di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea, di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), sono inseriti nell'elenco triennale dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione:

I lavori di manutenzione ordinaria superiori alla soglia di cui all'art.14, comma 1, lettera a), sono inseriti nell'elenco triennale anche in assenza del documento di fattibilità delle alternative progettuali.

I lavori, servizi e forniture da realizzare in amministrazione diretta non sono inseriti nella programmazione.

L'Elenco annuale deve essere approvato unitamente al bilancio di previsione, di cui ne costituisce parte integrante¹.

Con l'Allegato I.5 al Codice del 2023, sono definiti: a) gli schemi tipo, gli ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere compiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati, e la specificazione delle fonti di finanziamento; b) le condizioni che consentono di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o

n.7039.

¹ cfr. art.42, 2° comma, D.Lgs 267/2000-T.U. Leggi sull'ordinamento degli enti locali.

procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale; c) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono delegare le attività¹.

La predetta materia era regolata nel Codice precedente, dal Decreto MIT n.14 /2018, attuativo dell'art. 21 del precedente Codice Appalti, in vigore dal triennio 2019-2021, che specificava le procedure e gli schemi tipo per la formazione e l'aggiornamento dei programmi triennali dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di beni e servizi e dei relativi elenchi e aggiornamenti annuali².

Il DM predetto stabiliva le priorità dei lavori da inserire nel programma triennale e si declinava su tre livelli (massima, media e minima). Con il nuovo Codice, è previsto che l'Allegato I.5., sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un nuovo regolamento da adottarsi ai sensi dell'art.17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n.400, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze (comma 7, art.37 del Codice del 2023) .

8.4 - LA TRASPARENZA ED IL DIBATTITO PUBBLICO NEGLI APPALTI PUBBLICI

Tutti gli atti della procedura di appalto sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dagli artt.84, 85 e 86 del nuovo Codice Appalti. L'art.84 stabilisce la pubblicazione a livello europeo per i bandi, gli avvisi di preinformazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, che sono redatti dalle stazioni appaltanti e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, per il tramite della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, in conformità alle caratteristiche precisate nell'Allegato II.7, che sarà in sede di prima applicazione abrogato e sostituito da un regolamento ministeriale. L'art.85 del nuovo Codice stabilisce la pubblicazione a livello nazionale presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, per i bandi, gli avvisi di preinformazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati, in raccordo con la pubblicazione presso l'ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. Essi "sono pubblicati

¹ cfr. Allegato I.5, al Codice del 2023.

² cfr. Decreto MIT n.14/2018, in G.U.n.57 del 9/3/2018.

solo successivamente alla pubblicazione di cui all'art.84, sulla banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente" (comma 1). La trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici quindi attuata attraverso gli obblighi di pubblicazione posti a carico delle pubbliche amministrazioni con particolare riguardo alle procedure bandite, e ciò "di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche(cfr. art.1, comma 1, del D.lgs 14 marzo 2013 n.33, come modificato dal d.lgs 25 maggio 2016 n.97). La pubblicità richiesta per gli appalti pubblici, di cui agli artt.84-85 e 86, è rivolta a tutti i cittadini ed è intesa ad assicurare la trasparenza nel settore degli affidamenti pubblici in ragione della rilevanza che gli stessi assumono per le attività delle amministrazioni pubbliche a maggiore rischio di corruzione. Assume una particolare valenza, anche l'istituto della "trasparenza preventiva", che è disciplinata dall'articolo 86 del nuovo Codice, che si concretizza in un "avviso volontario per la trasparenza Preventiva". Questi deve contenere le seguenti informazioni:

- 1) Denominazione e recapito della stazione appaltante;
- 2) Descrizione dell'oggetto del contratto;
- 3) Motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea;
- 4) Denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta la aggiudicazione;
- 5) Se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

Già il precedente Codice degli appalti (D.Lgs n.50/2026), all'art. 22, ha introdotto una innovazione nell'ordinamento giuridico, con la disciplina dell'informazione preventiva e della partecipazione dei cittadini alla rappresentazione degli interessi coinvolti dall'insediamento sul territorio di un'opera infrastrutturale (Convenzione di Aarhus)., e con la disciplina della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), volta ad assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocatione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione.

In particolare, l'art.23 del nuovo Codice degli appalti conferma nell'ANAC la titolarità in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all'art.62-bis del codice dell'amministrazione digitale, abilitante l'ecosistema nazionale di e-procurement e ne sviluppa e gestisce i servizi.

L'art.27 del nuovo Codice individua la Banca dati nazionale dei contratti pubblici come unico punto di accesso nazionale per instradare verso il sistema SIMAP/TED i bandi e gli avvisi relativi a procedure sopra soglia, per realizzare la pubblicità legale in ambito europeo. Per la pubblicazione sul TED (Tender Electronic Daily), le amministrazioni pubbliche aggiudicatrici europee possono inviare i dati riguardanti i bandi e gli avvisi inserendoli in appositi moduli online oppure ricorrendo ai servizi digitali messi a disposizione da soggetti qualificati (cd "eSender"). Il comma 2 dell'art.27 prevede che la documentazione di gara sia resa disponibile attraverso le piattaforme digitali e i siti istituzionali delle stazioni appaltanti, e costantemente accessibile attraverso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP).

Il comma 3 dell'art.27, prevede che "la produzione degli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione decorre dalla data di pubblicazione sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici".

L'art.28 disciplina gli obblighi di pubblicazione per adempiere alle prescrizioni del D.Lgs n.33 del 14 marzo 2013 e ss.mm.ii. A tal fine le stazioni appaltanti possono ottemperare agli obblighi di trasparenza sulla sezione "Amministrazione trasparente", nella sottosezione "Bandi di gara e contratti" e per alimentare i dati della banca dati dei contratti pubblici all'ANAC, attraverso un unico invio di dati tramite piattaforma digitale

L'art. 29 del nuovo Codice Appalti sancisce l'obbligo generalizzato ed esteso di pubblicazione di "tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrice degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni".

Agli obblighi di trasparenza degli appalti, si collega anche l'applicazione dell'accesso civico e dello accesso civico generalizzato, di cui al D.Lgs n.33 del 14 marzo 2013, art.5, in

conformità alla consolidata giurisprudenza amministrativa¹.

Relativamente all'istituto del "dibattito pubblico", il nuovo codice lo disciplina all'art.40. In linea di sostanziale continuità con la legislazione previgente, la legge delega al nuovo codice ha espressamente previsto tra i principi direttivi, la "revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico.." (art.1, comma 2, lett.o) della legge 78/2022). La nuova disciplina è definita nell'Allegato I.6, del nuovo codice. Esso individua, in particolare, le opere soggette a dibattito pubblico obbligatorio, le esclusioni e la relativa procedura fino alla sua conclusione.

I caratteri essenziali di questo strumento, il dibattito pubblico, trovano una puntuale definizione nella definizione fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.235/2018, dove viene indicato che "il dibattito pubblico rappresenta quel modello di procedimento amministrativo che realizza un confronto tra il proponente l'opera ed i soggetti pubblici e privati ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti che è finalizzato a far emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali ed a disinnescare il conflitto potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia un impatto significativo sul territorio"².

8.5 - IL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI

La qualificazione delle stazioni appaltanti costituisce una delle più importanti innovazioni introdotte dal precedente codice degli appalti (n. 50/2016), dato che il possesso della qualificazione condiziona gli adempimenti successivi delle stazioni appaltanti pubbliche. A tal proposito il nuovo codice prevede l'innalzamento fino a 500.000 euro dell'obbligo della qualificazione delle stazioni appaltanti per l'affidamento di contratti di lavori pubblici, nonché per gli affidamenti diretti per i servizi e forniture, quale soglia limite oltre la quale si applica il regime della qualificazione. Le procedure per importi inferiori possono essere gestite da tutte le stazioni appaltanti (comma 1, art.62 D.Lgs n.36/2023).

¹ cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020 n.10 - su foia.gov.it.

² Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018 n.235.

Per effettuare le procedure di importo superiore alle soglie indicate dal comma 1, le stazioni appaltanti devono essere qualificate ai sensi dell'art.63 e dell'allegato II.4 (comma 2, art.62).

La qualificazione, in particolare, ha ad oggetto le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti e riguarda: a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera (comma 5°, art.63 del Codice).

L'art.63 del nuovo codice disciplina il nuovo "sistema di qualificazione" istituendo un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate, di cui fanno parte anche le "centrali di committenza" (comma 1 e comma 4 dell'art.1 dell'Allegato I).

L'Allegato II.4 che recepisce le Linee guida ANAC, di cui alla deliberazione n.441 del 28/9/2022, indica i requisiti e le modalità attuative del nuovo sistema di qualificazione.

Inoltre, l'elenco delle stazioni appaltanti è gestito dall'ANAC. Infatti "l'ANAC stabilisce i requisiti e le modalità attuative del sistema di qualificazione di cui all'allegato II.4, rilasciando la qualificazione medesima. L'ANAC può stabilire ulteriori casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva, finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza, anche per le attività ausiliarie, di acquisire la capacità tecnica ed organizzativa richiesta" (comma 13, art.63 del Codice).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, "la figura della centrale di committenza, (già,) prevista dall'art.33 del D.lg n.163/2006 (ulteriormente rafforzata dall'art.37 della direttiva 24/2014/UE), al pari degli altri strumenti normativi di aggregazione contrattuale, riveste una duplice funzione, quella di fondere tali caratteristiche comuni e di affidarne il raccordo, coordinamento e gestione, non di rado complessi, ad un unico centro di imputazione, e dall'altro quello di consentire alle imprese del settore di partecipare, ove le esigenze dell'amministrazione lo consentano o persino lo impongano, ad un'unica gara, senza dovere per le stesse prestazioni, concorrere ogni volta faticosamente e dispendiosamente, se è lecito così esprimersi, a diverse competizioni-fotocopia (...)"¹.

¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez.III, 4 febbraio 2016, n.445.

8.6 - IL CONFLITTO DI INTERESSE

Le stazioni appaltanti devono prevedere misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici (art.42, D.Lgs n.50/2016, precedente Codice Appalti).

Strettamente connessa al "principio di fiducia" introdotto dal nuovo Codice, è la modifica della norma relativa al "conflitto d'interesse" rispetto al Codice degli appalti previgente. Infatti, l'art.16 del nuovo Codice così recita: "Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità ed indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione" (comma 1, art.16).

Secondo l'ANAC (L. Ponzoni 2023)¹, la nuova definizione introdotta dall'art.16, risulterebbe in contrasto con la definizione contenuta nelle Direttive europee (art.24 Dir.UE 24/2014 e art.35 Dir. UE 23/2014) per l'inserimento da parte del legislatore nazionale di condizioni non previste, che limitano l'ambito di applicazione, richieste dal nuovo Codice al comma 2, dove è precisato che " la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi ad interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro". Una valutazione già affermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha ribadito che non si può richiedere al ricorrente in giudizio "di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti", in quanto è l'Amministrazione aggiudicatrice che è responsabile della procedura di gara anche nel caso in cui nomini una commissione di esperti, atteso che è di sua specifica ed esclusiva competenza la verifica di eventuali

¹ Lorenza PONZONE, La nuova disciplina dei contratti pubblici, Nel diritto Editore, aprile 2023, pag.44-45.

conflitti di interesse tra i predetti e le imprese concorrenti¹.

8.7 - LA PROGETTAZIONE

Gli appalti di lavori vanno affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto deve garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e costi previsti. La progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici: "il progetto di fattibilità tecnico-economica" e il "progetto esecutivo" (art.41 comma 1 del nuovo Codice).

Nell'Allegato I.7, del nuovo Codice, avente natura regolamentare, sono specificati i Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità, delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo.

IL progetto di fattibilità tecnico-economica, redatto in conformità al comma 6 dell'art.41, ed approvato dall'Ente legittima l'avvio della procedura espropriativa ex DOPR 8 giugno 2001, n.327, in quanto sostituisce il progetto preliminare e quello definitivo, entrambi previsti dal precedente Codice degli appalti.

Il contenuto del progetto esecutivo, in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico-economica viene riportato nel comma 8 dell'art.41, dove è specificato che "di regola, è redatto dallo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica" (comma 8, lett.d) art.41).

Gli oneri della progettazione, delle indagini, delle ricerche e degli studi connessi, compresi quelli relativi al dibattito pubblico, nonché della direzione dei lavori, della vigilanza, dei collaudi, delle prove e dei controlli sui prodotti e materiali, della redazione dei piani di sicurezza e di coordinamento, delle prestazioni professionali e specialistiche, necessari per la redazione del progetto, gravano sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante o dell'ente concedente e sono inclusi nel quadro economico dell'intervento (comma 10 art.41).

¹ cfr. Corte di Giustizia Europea, causa C538/13 del 12 marzo 2015.

Mentre la progettazione di servizi e forniture è articolata in un unico livello ed è predisposta dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti mediante propri dipendenti in servizio. L'Allegato I.7 definisce i contenuti minimi del progetto (comma 12 art.41).

Assume una rilevanza assoluta nel percorso finalizzato alla progettazione dei lavori l'esame dell'istituto della "verifica della progettazione", che il nuovo Codice disciplina all'art.42. A nessuna stazione appaltante ed addetti ai lavori può sfuggire che una corretta progettazione è la prima garanzia per la corretta realizzazione di un'opera pubblica o di forniture e di servizi. La loro corretta esecuzione è inoltre garanzia per tutti che le risorse pubbliche sono state ben utilizzate, senza costi aggiuntivi, e soprattutto evitando opere incompiute con relativi pregiudizi al territorio ed alla comunità.

A tal fine, ogni progetto di lavori deve essere sottoposto ad una verifica correlata ai contenuti del documento di indirizzo progettuale ed alla conformità alla normativa vigente. La verifica ha luogo durante lo sviluppo della progettazione in relazione allo specifico livello previsto per l'appalto (art.42, comma 1-primi periodi).

Nel caso di appalto integrato, ovvero di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, nonché nei contratti di partenariato pubblico-privato, la verifica del progetto di fattibilità tecnico-economica è completata prima dell'avvio della procedura di affidamento e la verifica del progetto esecutivo redatto dall'aggiudicatario è effettuata prima dell'inizio dei lavori (art.42, comma 1, secondo periodo).

Inoltre per accertare la coerenza del progetto nelle sue diverse fasi con il documento di indirizzo della progettazione, il RUP, se non effettua personalmente la verifica, ne segue lo sviluppo parallelamente alla progettazione, garantendo il contraddittorio tra il soggetto che esegue la verifica e il progettista: l'attività di verifica è incompatibile, per uno stesso progetto, con le attività di progettazione, di coordinamento della relativa sicurezza, di direzione lavori e di collaudo (art.42, comma 2).

Di rilievo per ragioni di semplificazione e di accelerazione delle procedure risulta quanto previsto dal comma 3, dove si precisa che "la verifica accerta la conformità del progetto alle prescrizioni eventualmente impartite dalle amministrazioni competenti prima dell'avvio della fase di affidamento e, se ha esito positivo assolve a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche, nonché di denuncia dei lavori all'ufficio

del genio civile. I progetti, corredati della attestazione dell'avvenuta positiva verifica, sono depositati con modalità telematica interoperabile presso l'Archivio informatico nazionale delle opere pubbliche del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti" (art.42, comma 3)..

Ancora qualche notazione sull'atto di validazione del progetto posto a base di gara che è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica. La validazione, in particolare, è sottoscritta dal responsabile del relativo procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica e alle eventuali controdeduzioni del progettista .Inoltre, il bando e la lettera di invito per l'affidamento dei lavori devono contenere gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto (artt.42, comma 4).

E' opportuno precisare che i contenuti e le modalità delle attività di verifica, nonché i soggetti che vi provvedono sono indicati nell'Allegato I.7, con oneri che devono essere ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere (art.42, comma 5).

Ed ancora, sulla verifica e successiva validazione del progetto, questa "si svolge all'interno della stazione appaltante, nel corso dell'iter di approvazione del progetto. Tale momento, all'interno della più ampia fase di progettazione dell'appalto è cruciale nella prevenzione di eventuali errori di progettazione dell'opera e di eventuali omissioni, le quali potrebbero produrre sia una perdita di tempo sia un aumento dei costi dell'opera stessa.(...).La fase di verifica si conclude con la validazione del progetto, atto formale degli esiti dell'intero processo"¹.

Infine, qualche considerazione sulle "carenze del progetto". Non è superfluo precisare che "è obbligo dell'amministrazione predisporre una progettazione dettagliata ed eseguibile da parte dell'appaltatore"².

In particolare, l'onere della progettazione dettagliata non solo trae origine dalla disciplina civilistica a mente della quale l'oggetto del contratto deve essere (oltre che possibile e lecito) determinato o determinabile (1346 c.c.), ma trovo puntuale riscontro anche nel Codice dei contratti pubblici. "In sostanza non devono essere necessarie ulteriori specificazioni"³.

¹ Marco TERREI - Rosalia TERREI, Manuale operativo sugli appalti, Key Editore, gennaio 2022, pag.98.

² cfr. P.L. Gianforte, Verifica e validazione del progetto: esecutività del progetto e profili di criticità, in www.lavori pubblici.it,2018.

³ cfr. Rosamaria BERLOCO, Riserve negli appalti pubblici, Grafil Editore, Ottobre 2022, pag.75.

Ed è la stessa giurisprudenza della Cassazione, ad aver ribadito che il progetto esecutivo è da intendersi come progetto cantierabile¹.

Ed ancora, l'obbligo progettuale incombe esclusivamente sulla stazione appaltante, è l'amministrazione che deve predisporre una progettazione dettagliata, eseguibile e completa in ogni sua parte².

"Qualora il committente disconosca la carenza progettuale, sarà onere dell'appaltatore iscrivere tempestiva riserva nel registro di contabilità immediatamente successivo al verificarsi dell'evento pregiudizievole. Le contestazioni che si registrano nella prassi in relazione al tema in parola riguardano, a titolo meramente esemplificativo, l'esecuzione di scavi con modalità diverse e più onerose, rispetto a quanto indicato in progetto, a causa di circostanze sopravvenute. Ordinariamente in una situazione come quella descritta, la committente dovrebbe redigere una perizia di variante; ove ciò non accadesse l'appaltatore, avendo sostenuto un maggior costo, potrà validamente iscrivere riserva nei documenti contabili in occasione dello stato di avanzamento lavori immediatamente successivo nel quale la prestazione viene contabilizzata sulla scorta degli standard originari"³.

8.8 - L'APPALTO INTEGRATO

Già vietato con alcune esclusioni dal precedente Codice degli appalti (art.59, comma 1 D.Lgs n.50/2016), la legge delega ha affidato al legislatore il compito di individuare le "ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l'obbligo di indicare nei documenti di gara e negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dell'operatore economico, al netto del ribasso d'asta" (art.1, comma 2 della legge n.78/2022).

Il nuovo Codice degli appalti, disciplina l'appalto integrato, stabilendo che "Negli appalti di

¹ cfr. ex multis: Cassazione Civile, Sez.I, 23 novembre 2012, n.20756.

² cfr. Tribunale di Sondrio, sentenza del 15 gennaio 2018, n.4099.

³ cfr. R.BERLOCO, Riserve negli appalti pubblici, Grafil Editore, ottobre 2022, pag.79.

lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Tale facoltà non può essere esercitata per appalti di manutenzione ordinaria" (art.44, comma 1).

Un aspetto importante da rimarcare riguarda l'offerta, che "è valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. L'offerta ha ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, ed indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori" (art.44, comma 4).

Inoltre, secondo l'art.44 comma 3 D.Lgs n.36/2023, nelle ipotesi di appalto integrato "gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"¹.

8.9 - GLI INCENTIVI ALLE FUNZIONI TECNICHE

Gli incentivi alle funzioni tecniche sono disciplinati dal nuovo Codice all'art.45, e dall'Allegato I.10, dove è indicato l'elenco delle attività da incentivare.

La ratio della norma è quella di incentivare, attraverso la erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'ente e conseguire risparmi di spesa per il mancato ricorso a tecnici esterni.

Le stazioni appaltanti gli enti concedenti destinano risorse finanziarie, a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento, per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Trattasi di istituto che si applica anche agli appalti relativi a servizi e/o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. E' in ogni caso fatta salva la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti i prevedere una modalità diversa di

¹ cfr.TAR Roma, 10 novembre 2023 n.16775.

retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti (art.45, comma 2).

Invero, l'art.45 del D.lgs 36/2023 "sostituisce in chiave ampliativa il riferimento ai singoli appalti con quello delle singole procedure di affidamento". Ed ancora, "la finalità del sistema incentivante di cui si discorre è quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione ed il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni"¹ Infine, sulla natura del diritto a percepire l'incentivo di che trattasi, la Corte di Cassazione, sebbene con riferimento al quadro regolatorio precedente al D.Lgs n.36/2023, ma valido sotto il profilo sostanziale e processuale anche per il vigente Codice del 2023, ha statuito che "il diritto a percepire l'incentivo per la progettazione, di natura retributiva, previsto dalla legge 109/109 articolo 18, sorge, alle condizioni previste dalla normativa vigente *ratione temporis*, in conseguenza della prestazione dell'attività incentivata(...).L'omesso avvio della procedura di liquidazione o il mancato completamento della stessa non impedisce l'azione di adempimento ..."². Quali differenze dell'attuale regime rispetto a quello antecedente al D.Lgs n.36/2023, vi è che:

- a) vengono superate le difficoltà derivanti dal D.Lgs n.50/2016 che, a parità di funzioni tecniche svolte, continua l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti;
- b) L'allegato I.10 riproduce in modo più analitico e preciso il contenuto del comma 1, dell'art.113, D.lgs n.50/2016;
- c) viene individuato il limite del 2% delle risorse che, a valere sugli stanziamenti delle procedure di affidamento, possono essere destinate alle remunerazioni delle funzioni tecniche;
- d) si specifica che la disciplina si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture a condizione che sia nominato il direttore dell'esecuzione;
- e) le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono prevedere una modalità diversa di remunerazione delle funzioni tecniche del proprio personale³.

¹ cfr. Relazione illustrativa al nuovo Codice.

² Corte di cassazione, Sezione Lavoro Civile -Sentenza 28 maggio 2020, n.10222.

³ cfr. ANCI, Regolamento per gli incentivi alle funzioni tecniche- tabella di raffronto tra il D.Lgs n.50/2016 e il D.lgs n.36/2023 a cura di Stefania Dota e Agostino Bultrini, pag.23.

8.10 - LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Le fasi delle procedure di scelta del contraente sono riportate nell'articolo 17 del nuovo Codice. Resta centrale per l'avvio delle procedure l'adozione della "decisione di contrarre" adottato dalle stazioni appaltanti con apposito atto (art.17, 1° comma). Nella prospettiva di una effettiva accelerazione e semplificazione dell'iter che si conclude con la stipula del contratto, sono stati fissati i nuovi termini generali di conclusione delle procedure, prevedendo che la verifica dei requisiti della impresa venga anticipata rispetto all'aggiudicazione. Riguardo le procedure di scelta del contraente che le stazioni appaltanti possono utilizzare, opera il principio di tassatività delle procedure affermato dalla giurisprudenza comunitaria¹.

I termini di conclusione delle procedure di selezione sono indicati dall'art.17, comma 3, e nell'allegato I.3, e che il superamento di tali termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. In particolare, l'Allegato I.3, stabilisce che:

- a) i termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dell'invio degli inviti a offrire, fino alla aggiudicazione alla migliore offerta, e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso sulla procedura salvo provvedimento cautelare giurisdizionale;
- b) in caso di verifica dell'anomalia, i termini sono prorogati per massimo un mese;
- c) in circostanze eccezionali il responsabile di procedimento, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi; (iv) in caso di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificata dal responsabile del procedimento, quest'ultimo con proprio atto, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi (cfr.art.17, comma 3- Allegato I.3 D.Lgs n.36/2023)

Resta parimenti fermo il "principio di unicità dell'offerta" che impone agli operatori economici di presentare una sola offerta (che nell'offerta economicamente più vantaggiosa è costituita

¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, Sez.III, 10 dicembre 2009 C-299/2008.

da una sola proposta tecnica e da una sola proposta economica), per conferire all'offerta un contenuto univoco (art.17, 4° comma). Il D.lgs n.36/20023, agli articoli 48-55, disciplina l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e fornitura di importi inferiori alle soglie europee previste dall'articolo 14 del medesimo decreto. Codice.

In particolare l'articolo 48 del nuovo Codice, recante "Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria", precisa: i) che è necessario seguire le procedure ordinarie quando per uno dei contratti sottosoglia la stazione appaltante accerti l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo (comma 2); ii) che rimangono fermi gli obblighi di utilizzo "degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa" (comma 3°).

Di rilievo appare, inoltre, l'art.49 del nuovo codice, recante "Principio di rotazione degli affidamenti". Il predetto articolo stabilisce che "è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi" (comma 2°). Tale divieto non si applica "In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto" (comma 4°). Inoltre non si applica il principio di rotazione nel caso di affidamenti mediante procedura negoziata senza bando, " di cui all'art.50, comma 1, lettere c), d) ed e)", "quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata" (comma 5°).

E' comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro (art.48, comma 6°).

L'articolo 50, recante "Procedure per l'affidamento", disciplina le procedure di affidamento applicabili nei contratti sotto soglia che avvengono mediante affidamento diretto o procedura negoziata senza bando. In particolare la il predetto articolo 50 ha previsto: l'affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, e per servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro, ivi compresi i servizi di ingegneria ed architettura e

l'attività di progettazione,, anche senza consultazione di più operatori economici, a condizione che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalle stazioni appaltanti (comma 1, lettere a) e b)).

L'art.50, inoltre, ha previsto la " procedura negoziata senza bando:

- a) previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, per i lavori di importo pari a superiore a 150.000 euro e inferiori a 1.000.000 di euro (comma 1. Lettera c));
- b) previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'art.14 (5.382.000 euro) (comma 1, lettera d);
- c) previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, a servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'art.14 (215.00 euro) (comma 1 lettera e)).

Per quanto riguarda la modalità di aggiudicazione "per gli affidamenti di cui al comma 1 lettere c), d) ed e) dell'art.50 del nuovo Codice le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso ad eccezione delle ipotesi di cui all'art.108, comma 2 " (art.50 comma 4°).

In caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il RUP può partecipare alla Commissione giudicatrice anche in qualità di presidente (art.51, comma 1°).

Con riferimento all'attività di controllo sul possesso dei requisiti degli operatori economici, nelle procedure di affidamento diretto di importo inferiore a 40.000 euro gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti (art.52 comma 1°)

Con riferimento alle procedure di scelta ed ai relativi presupposti, l'art.70 del nuovo Codice stabilisce che per l'aggiudicazione degli appalti pubblici le stazioni appaltanti possono

utilizzare rispettivamente:

- 1) La procedura aperta (dove "qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta ad un avviso di indizione di gara", entro una certa data e tutte le offerte ammissibili sono sottoposte a valutazione) (art.71 D.Lgs 36/2023);
- 2) La procedura ristretta (dove qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione qualitativa, quindi viene stilato un elenco ristretto di operatori, che sono poi invitati a presentare le offerte) (art.72 D.lgs 36/2023 e art.28 Direttiva 2014/24/UE);
- 3) La procedura competitiva con negoziazione (dove qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa. Soltanto gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice in seguito alla sua valutazione delle informazioni fornite possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per le successive negoziazioni) (art.73 D.Lgs n.36/2023 e direttiva 2014/24/UE));
- 4) Il dialogo competitivo (che "è una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni attw a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte. Qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura" (art.74 D.Lgs n.36/2023 e Allegato I.1, art.13, comma 5 6).
- 5) Il partenariato per l'innovazione, (dove l'amministrazione aggiudicatrice seleziona i fornitori a seguito di un avviso di gara e utilizza un approccio negoziale per invitare gli operatori a presentare idee per lavori, servizi o prodotti innovativi diretti a rispondere ad esigenze che non possono essere soddisfatte acquistando «prodotti» esistenti sul mercato. L'amministrazione aggiudicatrice può instaurare il partenariato con uno o più fornitori) (art.75 D.Lgs n.36/2023 ed art.31 Direttiva 2014/24/UE).
- 6) La procedura negoziata senza bando, (che sono "le procedure di affidamento in cui

le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto” (art.7 D.lgs n.36/2023 e Allegato I.1)

Il nuovo Codice Appalti recepisce puntualmente tutti i casi di procedura negoziata senza bando, “tal quale” come previsti dal diritto comunitario in materia di appalti pubblici(Direttiva 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE). Merita una notazione l’ambito di applicazione della predetta procedura.

Al comma 2, dell’art.76 del nuovo Codice, sono previsti i seguenti casi:

- 1) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta;
- 2) quando lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:
 - a) lo scopo dell’appalto consiste nella creazione o nell’acquisizione di un’opera d’arte o rappresentazione artistica unica;
 - b) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
 - c) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale;
 - d) per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili della stazione appaltante.

Per le forniture, il comma 4, prevede che la procedura negoziata senza bando è consentita nei seguenti casi:

- 1) Quando i prodotti oggetto dell’appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio e di sviluppo;
- 2) Nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario, per cui in tal caso la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
- 3) Per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- 4) Per l’acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un

fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

Per i servizi, la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando è consentita, quando l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso . Nel predetto ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati (comma 5, art.76 nuovo Codice).

Per quanto riguarda la "gara informale", prevista dal comma 7 dell'art.76 del Codice, " Ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici,, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art.108(criteri di aggiudicazione) previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione" (art.76, comma 7°)

Le soglie di rilevanza comunitaria, ai fini della scelta della procedura di affidamento sono fino al 31.12.2023 le seguenti:

- 5.382 .000 euro per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- 140.000 euro per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

750.000 euro per gli appalti per i servizi sociali e assimilati elencati all'Allegato alla direttiva 2014/24/UE (cfr.Art.14, commi 1, del D.lgs n.36/2023).

Nei settori speciali, di cui agli articoli 141 e ss. del D.Lgs n.36/2023) le soglie di rilevanza europea sono:

- 5.382.000 euro per gli appalti di lavori;
- 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

- per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell'Allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE cfr. Art.14, comma 2, del D.Lgs n.36/2023).

Dal 1 gennaio 2024 la prima soglia per le gare europee dei lavori passa da €5.382.000 a €5.538.000; per servizi e forniture nei settori ordinari da €140.000 ad €221.000.

Infatti, le nuove soglie che riguardano sia i settori ordinari che i settori speciali, sono state approvate dalla Commissione Europea con i Regolamenti n.2023/2495, n.2023/2496, n.2023/2497 e 2023/2510 pubblicati in GUUE, serie L, del 16 novembre 2023, in attuazione delle direttive appalti n.2014/24/UE, 2014/25/UE, 2014/23/UE, che prevedono l'aggiornamento delle soglie europee ogni due anni¹.

8.11 - LA COMMISSIONE GIUDICATRICE

L'art. 93, comma 1, del D.Lgs. 6/2023, dispone la nomina della Commissione di gara, che nelle procedure di affidamento di contratti di appalto o di concessione, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di consentire ad un organo tecnico, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico. Essa è composta di esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. Questa su richiesta del RUP svolge anche attività di supporto per la verifica della anomalia di cui all'art.110 del Codice (art.93, comma 1).

La commissione giudicatrice è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni (art.93, comma 3).

Altresì importante è la previsione che "nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto con il criterio del minor prezzo o costo, la valutazione delle offerte è effettuata da

¹ cfr. Andrea Mascolini, Appalti si alza(+6 mila €) la soglia per gare europee, su Italia Oggi del 21 novembre 2023 pag.24.

un seggio di gara, anche monocratico, composto da personale della stazione appaltante, scelto secondo criteri di trasparenza e competenza, al quale si applicano le cause di incompatibilità di cui alle lettere b) e c) del comma 5" (art.93, comma 7).

Non può sfuggire che il predetto istituto, la commissione giudicatrice, per come configurato nel nuovo Codice risulta completamente rivisto con il superamento del sistema di nomina incentrato sull'Albo dei commissari tenuto dall'ANAC.

Per quanto, in particolare, riguarda le incompatibilità di cui al comma cinque, non possono essere nominati commissari:

- a) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono
- b) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti contro la pubblica amministrazione (come ad esempio, peculato, concussione, corruzione, istigazione alla corruzione previsti nel Capo I del Titolo II del libro II del codice penale);
- c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura; in particolare costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previsto dall'art.7 del decreto del Presidente della Repubblica (art.93 comma 5).

Nessun compenso è dovuto al personale "interno" di stazioni appaltanti pubbliche (in ossequio al principio di "onnicomprensività" del trattamento economico dei dipendenti pubblici), per i componenti esterni, trattandosi di prestazioni di collaborazione in regime di lavoro autonomo, di norma, è previsto un compenso, in ordine al quale è auspicabile che la stazione appaltante definisca preventivamente appositi parametri di riferimento.

Un aspetto rilevante meritevole di attenzione è quello della nomina della commissione di gara effettuata in violazione delle regole del codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis*. Per giurisprudenza pacifica, la caducazione della nomina della commissione di gara effettuata in violazione delle regole di cui all'art.84 cit., comporta il travolgimento per illegittimità derivata, di tutti gli atti successivi della procedura fino all'affidamento del servizio, ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento¹.

¹ cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 7 maggio 2013 n.13; TAR Milano, sezione IV, 10 giugno 2016, n.1179.

8.12 – I REQUISITI DI ORDINE GENERALE E LE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE

I requisiti di ordine generale che devono possedere gli operatori economici che partecipano alle gare di appalto, trovano nel Codice del 2023, una aggiornata sistemazione nel libro II (Dell'Appalto), al titolo IV (I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti), al Capo II (I requisiti di ordine generale). All'interno del Capo II ritroviamo cinque articoli così rubricati: art.94 (Cause di esclusione automatica), art.95 (Cause di esclusione non automatica), art.96 (disciplina dell'esclusione), art.97 (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti e art.98 (Illecito professionale grave). In tale ambito costituisce principio direttivo della legge delega n.78/2022 la "razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe" (art.1, comma 2, lett.n). L'art.94 del Codice del 2023 individua le cause di esclusione automatica degli operatori economici dalle gare di appalto. In presenza delle cause di esclusione contenute all'art.94 del Codice 2023, non sussistono margini valutativi da parte della stazione appaltante. E' appena il caso di precisare che le cause di esclusione predette, possono riguardare, oltre l'impresa, anche le persone fisiche che rivestono ruoli rilevanti all'interno dell'impresa. Si tratta del titolare dell'impresa, dei soci amministratori, dei soci accomandatari, dei componenti del Consiglio di amministrazione con legale rappresentanza, degli istitutori, dei procuratori generali, dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza, dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione, di controllo, dei direttori tecnici, del socio unico,, dell'amministratore di fatto ("gestore di fatto" e/o "socio sovrano"), figura quest'ultima non prevista dal precedente Codice (comma 3, lett.h), art.94). In particolare il "gestore di fatto" è di regola identificato nel soggetto che assume decisioni e atti di gestione sistematici e continuativi, in nome e per conto della Società pur in assenza di un atto di nomina valido disposto all'interno della società in conformità alla legge o allo statuto. Mentre "socio sovrano" è quel soggetto che in quanto "socio" svolge un ruolo dominante all'interno della compagine societaria. "Si tratta in particolare del socio che partecipa al capitale sociale in una misura capace di assicurargli la maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni assembleari (in sede ordinaria e

straordinaria) e si presenta come l'effettivo e solo titolare del potere gestionale(omissis)^{1 2 3}.

Il vasto ambito delle cause di esclusione, è ripartito in due aree: la prima sono le "cause di esclusione automatica", di cui all'art.94 del Codice, la seconda sono le "cause di esclusione non automatica" di cui all'art.95 del Codice.

Non è superfluo precisare che i requisiti "generali e speciali", devono essere posseduti dai candidati per tutta la durata della procedura stessa fino alla aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità⁴.

A) LE CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA

Le cause di esclusione automatiche sono indicate nell'art.94 del nuovo Codice che ripropone il comma 1 dell'art.80 del precedente Codice, con la modifica riguardante il riferimento all'art.444 del codice di procedura penale, a seguito delle nuove disposizioni introdotte dal decreto legislativo 10 ottobre 2022 n.150 (recante "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n.134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale(omissis)").

In particolare, il comma 1 stabilisce "E' Causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno sei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza,

¹ cfr. Giuseppe MONACO, I requisiti di ordine generale e le cause di esclusione automatica dalle gare" su Il Codice degli appalti, del Sole 24 ore, Maggio 2023 pag.75.

² Cfr. Consiglio di stato, Sezione IV, 3 febbraio 2022, n.768,

³ Consiglio di stato, Sez. V, 27 novembre 2020, n.7471.

⁴ cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez.III, 13 gennaio 2016, n.76.

di cui al DPR 9 ottobre 1990 n.309, dell'art.291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al DPR 23 gennaio 1973, n.43e dall'art.452-quaterdieces del codice penale(omissis);b)delitti consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché dell'articolo 2635 del codice civile; c)false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile; d) frode ai sensi dell'art.1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee, del 26 luglio 1995; e)delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale e di eversione dell'ordine costituzionale, reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; f)delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n.109; g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n.24; h)ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione" (art.94, comma 1, Codice del 2023).

Una precisazione va riservata che la condanna per i reati di cui al comma 1, rileva ai fini espulsivi solo se la condanna sia contenuta in una sentenza definitiva o in un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile. A questo proposito la novità rispetto al Codice del 2016 è che ai fini dell'esclusione, non rileva più la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art.444 del cpp (cd. Patteggiamento) per i reati elencati al comma 1 dell'art.94, esclusi però i reati ad alta offensività, ovvero più gravi come quelli di criminalità organizzata e terrorismo. Anche se, le predette condotte potranno essere valutate dalle stazioni appaltanti e condurre all'esclusione del concorrente ai sensi dell'art.95 del Codice del 2023, come causa di esclusione non automatica.

Ed ancora, il Codice prevede che l'esclusione automatica non opera quando il reato è stato depenalizzato, è subentrata la riabilitazione, sono estinti il reato e la pena, compresa quella accessoria ex articolo 179, comma 7, del codice penale, e nei casi di revoca della condanna (art.94, comma 7 del Codice del 2023).

Alla elencazione, di cui alla comma 1, il Codice aggiunge quali cause di esclusione automatica, le misure interdittive antimafia di cui all'art.67 (casi di decadenza, sospensione

o di divieto) e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159 o nei casi di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4 del medesimo codice (art. 94, comma 2, Codice del 2023). Tali cause di esclusione non operano ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art.34 bis del D.Lg n.159/2011 entro la data della aggiudicazione. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato (art.94, comma 2, Codice 2023).

Di particolare interesse per addetti ai lavori e gli operatori economici è la conferma del sistema delle comunicazioni antimafia di cui all'art.88, comma 4-bis, ed alle informazioni antimafia, di cui all'articolo 92, commi 2 e 3 del D.Lgs n.159/2011.

In termini pratici, gli articoli 88 e 92 del D:lgs 159/2011 citati prevedono che il rilascio della "comunicazione antimafia " e della "informazioni antimafia" liberatorie, sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica qualora non emerga la sussistenza di cause ostative. Ove invece emergano cause ostative o l'operatore economico non risulti censito, il Prefetto procede alle conseguenti verifiche. Infine, le predette disposizioni stabiliscono che decorso il termine di trenta giorni (o anche in caso di urgenza, immediatamente, per quanto concerne le informazioni antimafia), le amministrazioni procedono in assenza della comunicazione o dell'informazione antimafia. In tali casi, ove si accerti la sussistenza di cause ostative dopo la stipula del contratto, le Stazioni appaltanti o enti concedenti recedono dai contratti fatto salvo il pagamento delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute, nei limiti delle utilità conseguite.

In tale ambito, il punto della giurisprudenza amministrativa in materia di applicazione della "interdittiva antimafia", di cui all'art.84, comma 4, e 91, comma 6 del D.lgs n.159/2011, risulta di particolare interesse.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza, è possibile precisare i seguenti principi dalla stessa elaborati:

- 1) "l'informativa antimafia (...) presuppone "concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata";
- 2) " ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento;

- 3) è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (né – tanto meno- occorre l'accertamento di responsabilità penali, quali il "concorso esterno" o la commissione di reati aggravati ai sensi dell'art.7 della legge 203 del 1991, perché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informativa;(...);
- 4) " il rischio di inquinamento mafioso deve essere valutato in base al criterio del "più probabile che non";
- 5) "gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione";
- 6) "l'ampia discrezionalità di apprezzamento del prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che la sua valutazione sia sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti¹.

Ed ancora secondo la più recente giurisprudenza: "per l'interdittiva antimafia non è infatti richiesta la prova dell'attualità delle infiltrazioni mafiose, dovendosi solo dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile, secondo il principio del "più probabile che non" il tentativo di ingerenza, o una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di condizionamento sulla società da parte di soggetti uniti da legami con cosche mafiose e dalla attualità e concretezza del rischio"².

B) LE CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICHE

Il comma 1 dell'art.95 del Codice del 2023, prevede le cause di esclusione "non automatiche", ovvero i casi in cui la stazione appaltante dispone di un margine di

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez.III, 3 maggio 2016, n.1743; Consiglio di Stato, sez.III, 31 agosto 2016, n.3754 su Il Codice dei contratti pubblici commentato a cura di Ornella CUTAJAR e Alessandro MASSARI, Maggioli Editore,2017 pag.553-554.

² cfr. Consiglio di stato, sz. III, 22 maggio 2023, n.5024, su banca dati G.A.R.I.- gazzettaamministrativa.it.

apprezzamento della situazione concreta che comporta una valutazione discrezionale di natura tecnica da parte della stazione appaltante, in conformità al diritto unionale. Secondo Giuseppe Lo Monaco "il potere della stazione appaltante risiede nel margine di apprezzamento che possiede quest'ultima nel valutare la gravità dei fatti e l'incidenza delle cause di esclusione facoltativa sull'affidabilità del contraente ma non le attribuisce la facoltà di ignorarle tout court. La stazione appaltante è dunque tenuta a compiere una valutazione delle condotte che depongono per una possibile inaffidabilità dell'operatore economico potendo decidere di escluderlo a fronte di una corretta e ragionevole motivazione frutto di un'adeguata istruttoria"¹

Secondo l'art.95 del Codice del 2023, già art.80 del Codice del 2016, la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

- a) sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato alla direttiva 2014/24/UE del parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;
- b) che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'art.16 non diversamente risolvibile;
- c) sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;
- d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;
- e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi" (comma 1 art.95 Codice del

¹ Cfr. Giuseppe Lo Monaco, Le cause di esclusione non automatica, su il Codice appalti, il Sole 24 Ore maggio 2023, pag.79.

2023).

Ed ancora "la stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non decisamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'Allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto (omissis)" (art.95, comma 2) Codice del 2023). A tal proposito, la "violazione" predetta riguarda l'inottemperanza agli obblighi derivanti da notifica di atti impositivi conseguenti ad attività di controllo degli Uffici (i), atti impositivi conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici (ii), e cartelle di pagamento (iii) (Art.2, Allegato II.10 al Codice 2023).

Occorre per le predette violazioni precisare, che a differenza di quella definitiva, è ritenuta "grave" se l'importo non pagato (esclusi sanzioni ed interessi) è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto e comunque non inferiore a 35.000 euro (Art.3, Allegato II.10 al Codice 2023). Inoltre, la violazione è "non definitivamente accertata" quando siano decorsi i termini per adempiere e "l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati" (cfr. Allegato II.10, art.4). Le predette violazioni non rilevano se nel frattempo interviene una pronuncia giurisdizionale favorevole (All.II.10, art.4) e negli altri casi previsti dall'art.95, comma 2, ultimo periodo).

C) LA DISCIPLINA DELLA ESCLUSIONE

L'art.96 del nuovo Codice, disciplina i casi che conducono all'esclusione dell'operatore economico, compreso i casi di self-cleaning".

E' confermato il principio generale, già contenuto nell'art.80, comma 6, del previgente Codice, che impone alle stazioni appaltante ad escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima e nel corso della procedura di gara, in uno dei casi di esclusione automatica e non automatica previste dagli articoli 94 e 95(commo 1). A proposito, in particolare, del cd. "self-cleaning", nella nuova versione delineata dai commi da 2 a 6 dell'art.96, è stato

previsto l'onere dell'operatore economico di comunicare senza indugio il verificarsi delle cause di esclusione e delle misure adottate. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di cui al comma 6 (art.96, comma 5).

Inoltre, se un operatore economico viene escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di concessione non può non avvalersi della possibilità del "self-cleaning", di cui ai commi da 2 a 6, nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza (comma 7 art.96).

Ed ancora, risulta di notevole importanza quanto previsto sempre dall'art.96, e già dall'art.80 del Codice previgente, nel caso in cui la sentenza penale di condanna non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la condanna determina effetto escludente dalle procedure di appalto e nei seguenti modi:

In perpetuo, nei casi in cui la condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'art.317-bis, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'art.179, comma 7, del codice penale;

Per un periodo pari a sette anni nei casi previsti dall'art.317-bis, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;

Per un periodo pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione (artt.96, comma8).

Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 8, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente a sette e cinque anni di reclusione, l'effetto escludente che ne deriva produce per un periodo avente durata pari alla durata della pena principale (comma 9 art.96). A tal proposito l'art.317-bis del codice penale prevede per i reati di peculato, concussione, corruzione e traffico di influenze illecite (art.314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis) l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Ed ancora, se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'art.323-bis, comma 1, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni. La

casistica predetta impone un richiamo anche all'istituto della riabilitazione, non potendosi ignorare che può capitare che l'operatore economico concorrente, sia stato oggetto di riabilitazione. A tal proposito è l'art.179 del codice penale che disciplina l'istituto della "riabilitazione" a cui si rinvia. In questa sede assume rilievo la portata delle pene accessorie perpetue conseguenza diretta delle condanne principali, in quanto di regola" la riabilitazione concessa a norma dei commi precedenti, non produce effetti sulle pene accessorie perpetue" (art.179, comma 7, primo periodo, codice penale). Tuttavia, "decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta, quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta" (art.179, comma 7, secondo periodo).

Ove ricorra la circostanza attenuante, di cui all'art.323 bis secondo comma, del codice penale, (ovvero "Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322, e 322 bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi"), la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a 5 anni.

Inoltre, al comma 10, sono fissate le decorrenze iniziali del termine triennale per le cause non automatiche di esclusione, che in generale avviene dalla commissione della condotta, fatti salvi i casi in cui la situazione escludente deriva da provvedimenti sanzionatori irrogati dall'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) o da altre autorità di settore, in quanto per questi casi decorre dalla data del provvedimento sanzionatorio ((art.96, comma 10 del Codice).

La disciplina delle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti, è, invece, contenuta nell'art.97 del Codice. A tal fine "Fermo restando quanto previsto dall'art.96, commi 2, 3, 4, 5, e 6 (rectius: dalle procedure di self cleaning), il raggruppamento (rectius : di imprese) non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venire meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri: a) in sede di

presentazione dell'offerta:1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificata prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, di requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data; b) ha adottato e comunicato di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta (art.97, comma 1, del Codice).

Inoltre, "se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95, o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100 (rectius; "requisiti di ordine speciale"), il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura di appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata" (art.97, comma 2 del Codice).

Qualche riferimento va riservato alla procedura di verifica del possesso dei requisiti, di cui all'art.99 del Codice. A tal proposito, "la stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'art.94 attraverso la consultazione del fascicolo dell'operatore economico di cui all'art.24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati (omissis) e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni" (art.99, comma 1, del Codice).

Inoltre, "la stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'art.95, e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103" (art.99, comma2 del Codice).

Infine, meritevole di menzione, è che i dati e le informazioni già nella disponibilità delle stazioni appaltanti, o che sono già presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'art.24, o che possono essere acquisiti con le piattaforme e banche dati digitali (art.99, comma 3 del Codice).

In sede di compilazione della domanda di partecipazione, si richiede la massima attenzione da parte dell'operatore economico per evitare di incorrere in dichiarazioni false o non veritiere. A tal proposito la giurisprudenza di merito ha affermato che nelle procedure di gara, la dichiarazione non veritiera è un'autonoma causa di esclusione, che trova il suo fondamento nell'art.75 del DPR n.445/2000. A tal fine "nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, tale principio si traduce nella necessità, ai fini della legittima esclusione di un concorrente, che l'attestazione mendace riguardi, non una qualsiasi informazione comunque resa nel corso di gara, ma i soli elementi rilevanti ai fini dell'accertamento del possesso dei requisiti o della valutazione delle offerte. Soltanto in tali ipotesi, infatti, il concorrente potrebbe trarre un indebito beneficio dalla dichiarazione mendace e arrecare un pregiudizio alla celere conclusione della procedura selettiva. Al contrario, ove la falsa dichiarazione riguardi elementi ininfluenti ai fini della partecipazione (o dell'aggiudicazione), l'amministrazione non potrebbe essere indotta in errore con conseguente insussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art.75(omissis)"¹.

D) LE ESCLUSIONI PER "ILLECITO PROFESSIONALE GRAVE"

L'istituto escludente del "grave illecito professionale", è stato nella vigenza del precedente Codice degli appalti (D.Lgs n.50/2016), uno dei più dibattuti, contestati ed oggetto di un ampio contenzioso amministrativo. Nel Codice del 2016 è stato delineato come una "fattispecie aperta" (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez.I, 30.1.2018, n.1119) in quanto le ipotesi di che trattasi non sono state tipizzate. Né sono valse ad una adeguata applicazione, le Linee Guida ANAC n.6, adottate proprio "al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti", come richiesto dall'art.80, comma 13, D.Lgs 50/2016. E' per superare le predette criticità che il legislatore del 2023 ha cercato di tipizzare le cause di esclusione non automatica ed in particolare l'istituto del "grave illecito professionale". A tal fine il legislatore ha stabilito in sede di delega la "razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione al fine le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale" (art.1, comma 2, lett.n., legge

¹ cfr. TAR Toscana, Firenze, sezione I, sentenza 19/10/2017, n.1265.

78/2022).Con in nuovo Codice del 2023, l'esclusione per "illecito professionale grave "è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità ed integrità dell'operatore;
- c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6" (art.98, comma 2 del Codice del 2023).

1) Inoltre, nel Codice è precisato che: "l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di u precedente contratto di appalto;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;
- e) condotta dell'operatore economico che abbi violato il divieto di intestazione fiduciaria (art.17 della legge 19 marzo 1990, n.55), laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati di concussione ed estorsione aggravati dall'associazione mafiosa (articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis);
- g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;
- h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati: 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'art.348 del codice penale;

- i) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito (artt.216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n.267);
- j) reati tributari, delitti societari o delitti contro l'industria e il commercio;
- k) reati urbanistici (art.44 comma 1, lettere b) e c), del DPR n.380/2001), con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- l) reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231" (art.98, comma 3 del Codice del 2023).

Quanto gravità dell'illecito, "La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa" (art.98, comma 4, del Codice del 2023).

L'altro aspetto di rilievo contenuto nell'articolo 98 in esame, oltre alla individuazione delle fattispecie dei gravi illeciti professionali (comma 3) e quello non meno decisivo dei "mezzi di prova adeguati", dai quali la Stazione appaltante si avvale per il giudizio di gravità, di cui al comma 7 dell'art.98.

In via del tutto esemplificativa costituiscono adeguati mezzi di prova:

Quanto alla lettera a) (sanzioni esecutive irrogate dalle Autorità) i provvedimenti sanzionatori resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;

Quanto alla lettera b) (condotta dell'operatore che tentato di influenzare il processo decisionale...), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;

Quanto alla lettera c) (...significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto..), la intervenuta risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili;

Quanto alla lettera d) (..grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori), la

emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;

Quanto alla lettera e) (...abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria...) l'accertamento definitivo della violazione;

Quanto alla lettera f) (omessa denuncia dei reati, di cui all'art.317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art.416-bis.1...) gli elementi ivi indicati, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art.4, primo comma, della legge 689/1981;

Quanto alla lettera g) (commissione di taluni dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94), gli atti di cui all'art.405, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art.429 del cpp, eventuali provvedimenti cautelari reali o personali del giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art.444 del cpp;

Quanto alla lettera h) (contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti (titolari, direttore tecnico ecc.) di cui al comma 3 dell'art.94, dei reati ivi indicati) la sentenza di condanna definitiva e non definitiva, i provvedimenti cautelari reali e personali emessi dal giudice penale.

Va infine, precisato con riferimento alle comunicazioni delle informazioni che l'operatore economico deve comunicare alla stazione appaltante, sia in sede di partecipazione alla gara con il Documento di gara Unico Europeo (DGUE) dove il concorrente dichiara il possesso dei requisiti di ordine generale (artt.94 e 95 del Codice del 2023) e di ordine speciale (artt.100 e 103 del Codice del 2023), Nello stesso documento e sino a quando il Fascicolo virtuale (di cui all'art.24 del Codice) non sarà pienamente operativo, le imprese partecipanti ad una gara continueranno ad indicare nel proprio DGUE ogni fatto e provvedimento che può configurare una causa di esclusione. Successivamente, ed in base all'art.96, comma 14, è del nuovo Codice del 2023, "l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio Fascicolo virtuale". Ed ancora "il comma 12 dell'art.96, prevede che "l'operatore economico ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di taluno dei provvedimenti menzionati (omissis) ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. Se

contravviene all'onere di comunicazione il triennio inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti" (comma 12 dell'art.96 del Codice del 2023).

Con riferimento alla giurisprudenza di merito sulla "gravità dei precedenti penali", secondo consolidato orientamento "la stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale¹.

8.13 - I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE DEI PARTECIPANTI ALLE GARE

Il Codice del 2023 reca la disciplina dei "requisiti di ordine speciale", riunificando quanto già disciplinato dagli articoli 83 e 84 del precedente Codice del 2016.

La disciplina oltre a quanto previsto dall'art.100 è in parte contenuta nell'All.II.12.

"Sono requisiti di ordine speciale : a) l'idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali" (art.100, comma 1, Codice del 2023).

In ogni caso, "le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto" (art.100, comma 2).

Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato, o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente "anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto" (comma 3).

Con riferimento ai lavori, "Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30 giugno 2011, n.3924 - cfr.TAR Puglia, Bari, sez.I, 9 marzo 2017,n.216

autorizzati dall'ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere e all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate" (comma 4, 1° e 2° periodo, art.100 Codice 2023).

Inoltre, il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare, rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione, nonché per la esecuzione dei lavori (cfr. comma 4.3° periodo, art.100).

L'All.II.12 dal comma 4 al comma 11, disciplina i sistemi di qualificazione dei lavori, estesi al settore dei servizi e delle forniture dal comma 10, apportando modifiche alla disciplina corrente. La disciplina è in particolare rimessa ad un regolamento da adottarsi ex art.17, c.1 n.400/88, il quale dovrà disciplinare i nuovi organismi di diritto privato che andranno a sostituire le SOA (società organismo di attestazione)(cfr. commi 4-5-6-7-8-9-10-11, Allegato II.12).

Ed ancora, fino alla data di entrata in vigore del regolamento per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale maturato nell'anno precedente a quello di indizione della procedura non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura di gara (cfr. comma 11, 1° periodo, art.100 del Codice 2023).

Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello di affidamento anche a favore di soggetti privati (comma 11, 3° periodo, art.100).

Comunque, le stazioni appaltanti non possono richiedere ulteriori requisiti di partecipazione oltre quelli di cui all'art.100 predetto (comma 12, art.100 Codice del 2023).

Sul punto è opportuno richiamare quanto chiarito in merito dalla giurisprudenza amministrativa sull'appalto dei lavori, e l'attestazione SOA, sebbene relativa al precedente Codice del 2016. A tal fine, "La configurazione del sistema di qualificazione come unico, obbligatorio e vincolante sia per le stazioni appaltanti sia per le imprese non consente alle

prime di chiedere requisiti ulteriori ai fini della partecipazione, sia nell'ambito economico finanziario di cui all'art.83, comma 1, lett.b) (oggi art.100, comma 1, lett.b, del d.lgs n.36 del 2023)), sia in quello tecnico professionale di cui all'art.83, comma 1, lett.c) del D.Lgs n.50/2016 (oggi art.100,, comma 1, lett.c) del D.lgs n.36/2023). E' proprio l'art.84 a chiarire al comma 1 (oggi art.100 comma 3 d.lgs n.36/2023) del D.lgs n.36/2023) che " i soggetti esecutoria qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art.83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC" (...).Ed ancora "Per le procedure di gara relative a lavori, il sistema di qualificazione basato sulla attestazione SOA costituisce un sistema unico per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che il possesso dell'attestazione SOA per le categorie e le classifiche corrispondenti ai lavori da eseguire è condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alla relativa procedura senza, che sia possibile alla SA individuare ulteriori requisiti di partecipazione e al concorrente dimostrare altrimenti il possesso dei requisiti, salvi i casi espressamente previsti dalla legge"¹.

8.14- I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE

I raggruppamenti temporanei, quali soggetti economici, che possono partecipare alle gare e presentare l'offerta per conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, trovano nell'art.68 del nuovo Codice la relativa disciplina. Trattasi di un istituto che favorisce, da una parte il più ampio accesso agli appalti pubblici, e dall'altra la maggiore cooperazione possibile fra le imprese, nell'interesse delle stesse e delle stazioni appaltanti.

Con il Codice del 2023, è venuta meno, la definizione di "raggruppamento" nelle due versioni di "orizzontale" e di "verticale", che ha caratterizzato dal Codice del 2006 (D.lgs n.163/2006 art.37) fino al Codice del 2016 (vigente fino al 30/6/2023) tali soggetti.

A tal proposito "la nuova configurazione del RTI risponde, ..., ad una sollecitazione da parte del diritto eurounitario: il riferimento è da ultimo alla sentenza Caruter della Corte di Giustizia

¹ cfr. Tar Campania, Salerno, Sez. I, 17 agosto 2020, n.1025); Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n.559/2017, su www.giurisprudenzaappalti.it.

del 28 aprile 2022, che denuncia una discordanza tra il raggruppamento temporaneo di imprese come architettato dal diritto dell'Unione Europea e la disciplina nazionale di cui al Codice del 2016. La CGUE ha affermato che l'art. 83, comma 8, del D.lgs 50/2016, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissa una condizione più restrittiva di quella prevista dalla direttiva comunitaria. La dir.2014/24/UE autorizza la stazione appaltante a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento (art.63 paragrafo 2) e consente agli stati membri di stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economico-finanziaria o alle capacità tecniche e professionali (art.19, paragrafo 2, dir.2014/24/UE)¹.

Inoltre, "alla scomparsa del RTI verticale segue anche la scomparsa del RTI misto, che di quella verticale era una specifica declinazione". Ed ancora "la responsabilità delle imprese raggruppare si adegua alla nuova configurazione, non prevedendosi più la responsabilità limitata alle prestazioni scorporabili o secondarie delle mandanti del RTI verticale"². A tal fine il Codice del 2023 precisa che: "L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori" (comma 9, 1° periodo, art.68 Codice del 2023). In particolare, "le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purchè siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive" (comma 1.art.68 Codice del 2023).

Altro aspetto meritevole di notazione per i RTI, è costituito dall'istituto del "recesso" che vigente il precedente Codice del 2016 (art.48, comma 19, D.Lgs 50/2016) imponeva che il recesso dell'operatore economico dal RTI, poteva avvenire "esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento". Oggi invece è lasciata maggiore libertà alle imprese che è quindi consentito "ad nutum".

¹ cfr. Giuseppe Lo Monaco-Chiara Maraniello, "I Raggruppamenti temporanei di imprese", su Il Codice degli Appalti, Editrice il Sole 24 Ore, maggio 2023.

² cfr. Lo Monaco-Maraniello, op cit pag.90.

Infine, è utile precisare, la distinzione sulle quote e sui requisiti dei RTI, non sempre chiare agli interessati, che “i requisiti di qualificazione vanno tenuti distinti dalla quota di partecipazione al raggruppamento e dalla quota di esecuzione della prestazione da affidare, poiché: - i requisiti di qualificazione, ossia i requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale, attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione dell’appalto messo a gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione della capacità del concorrente di realizzare la commessa eventualmente aggiudicatagli; - la quota di partecipazione rappresenta la percentuale di “presenza” della singola impresa all’interno di raggruppamento con riflessi, sia sulla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese nei confronti della Stazione appaltante, sia sulla misura di partecipazione agli utili derivanti dall’esecuzione dell’appalto; - la quota di esecuzione è la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà effettivamente realizzata da ciascuna delle imprese costituenti il raggruppamento, nel caso di affidamento dell’appalto”¹.

8.15 - IL SOCCORSO ISTRUTTORIO

L’istituto del “soccorso istruttorio” è quella procedura istruttoria, posta in essere dalla stazione appaltante, al fine di integrare o sanare la documentazione presentata da un operatore economico per partecipare ad una gara di appalto, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità formale della domanda di partecipazione, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, già prevista dall’art.83, comma 9 del Codice del 2016 ed oggi disciplinata dall’art.101del Codice del 2023.

La disciplina della procedura del Soccorso Istruttorio, indicata dall’articolo 101, prevede che :“Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell’offerta il documenti sia presente nel fascicolo virtuale dell’operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a)integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione

¹ Consiglio di Stato, Sez.VII n.4425 del 31/5/2022.

appaltante nel termine per la presentazione delle offerte.." (comma 1, lett.a), primo periodo, art.101)

In particolare, va precisato che "la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile (solo) mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte" (comma1, lettera a) secondo periodo, art.101).

Ed inoltre, si ricorre al Soccorso Istruttorio per "sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica" (comma1, lettera b), primo periodo, art.101).

Si precisa ancora che: "Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente" (comma 1, lettera b) secondo periodo, art.101).

Una novità rispetto al Codice del 2016, è la previsione che "La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni.. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica" (comma 3, lettera b) art.101).

Altra novità, che suscita qualche perplessità sulla sua concreta applicazione, rispetto al Codice del 2016, è che "fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".(comma 4°, art.101 Codice del 2023).

Secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato "l'istituto del soccorso istruttorio

obbedisce, per vocazione generale (cfr,art.6 L.n.241/1990), ad una fondamentale direttiva antinfortunistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati (...).In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr.art.1, comma 2 bis legge n.241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici(...).Quand'anche si intenda dilatarne al massimo la portata (...) si dovrà in ogni caso puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra: a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art.101 D.lgs n.36, non difforme dall'art.83, comma 9 (d,lgs n.50/2016), che mira in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico),(...); b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art.83, comma 9, del D.lgs n.50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che (...) abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par conditio) di apportarvi qualunque modifica; d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi (...) prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale dell'immodificabilità contenutistica"¹.

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 agosto 2023n.7870, su sentenzeappalti.it.

8.16 - GLI IMPEGNI DELL'OPERATORE ECONOMICO

Gli impegni dell'operatore economico che il nuovo Codice prevede che le Stazioni appaltanti possano richiedere, riguardano i cd. "Impegni sociali".

A tal fine l'art.101, stabilisce che "Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni: a)garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b)garantire l'applicazione dei contatti collettivi e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; c)garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa con le persone con disabilità o svantaggiate" (comma1, art.102).

A tali fini, "l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'art.110 ("offerte anormalmente basse"), solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario" (comma2°, art.102 del Codice del 2023).

La complessiva disciplina delle cd "clausole sociali", trova nel nuovo Codice agli articoli: 57 (clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica ed ambientale), che rende obbligatorio l'inserimento delle predette clausole, quale requisito essenziale dell'offerta;61 (contratti riservati)che delimita l'ambito di applicazione delle stesse all'ambito dei "contratti riservati", rimettendone l'inserimento nei bandi ecc., alla valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti; e 102, che completa la disciplina in cui gli impegni ivi previsti, non solo riguardano tutti i contratti pubblici posti in essere dalle stazioni appaltanti, ma si configurano quale contenuto essenziale dei documenti di gara, per come spiegato nel comma 1°, 1° periodo dall'articolo 102 del Codice del 2023.

La posizione della giurisprudenza amministrativa è che "le clausole sociali sono di per sé considerate, sia dalle norme comunitarie sia dalla disciplina nazionale di recepimento (...), quali condizioni di esecuzione che producono effetti essenzialmente nella fase esecutiva del rapporto. Le clausole sociali, cioè. Non hanno una diretta incidenza sulla fase di gara, e non possono costituire barriere all'ingresso, condizionando l'ammissibilità dell'offerta. Infatti la clausola sociale non impedisce la valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti e non si inserisce in essa (sul punto cfr. ANAC, parere sulla normativa del 30 aprile 2014,AG 19/14)"¹.

8.17 - L'AVVALIMENTO

L'"Avvalimento", "è il contratto con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto di appalto"².

Più in dettaglio, "l'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto (comma 1°, primo periodo, art.104).

Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità..., è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti" (comma 1°, secondo e terzo periodo, art.104 del Codice del 2023)

Il Codice declina la casistica dei possibili contratti di avvalimento nelle seguenti:

- A) "Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito

¹ cfr. ex multis TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 marzo 2017, n.209, su Il Codice dei contratti pubblici commentato, di CUTAJAR E MASSARI, op. cit, pag.327.

² Cfr. L. Ponzone, La Nuova Disciplina dei Contratti Pubblici, Nel Diritto Editore, 2023 pag.373.

all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta" (comma 2°, art.104).

B) "Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto alla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3 (rectius "iscrizione alla CCIAA ed ai registri professionali o commerciali) o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari alla esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori e i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto" (comma 3°, art.104 Codice del 2023);

Meritevole di attenzione, è la previsione che: "L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientale di cui all'articolo 212 del D.Lgs 3 aprile 2006, n.152" (comma 10, art.104 del Codice).

Ed inoltre, il Codice prevede che la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento (cfr. comma 11, Art.104).

Infine, "nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione" (comma12, art.104).

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il contratto di avvalimento è invalido in caso di clausola condizionante, se così espressa: "l'impresa avvalente ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria anche per effetto di richieste della stazione appaltante di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà preventivamente erogare il costo o valore di mercato a favore dell'impresa ausiliaria"¹.

Ed ancora, "non è postulabile l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria, interesse che può avere carattere diretto

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 24 maggio 2021, n.3997.

(ioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (...)"¹.

8.18 - LE GARANZIE PROVVISORIE E DEFINITIVE

A) LA GARANZIA PROVVISORIA

L'articolo 106 del nuovo Codice del 2023, disciplina le "garanzie provvisorie" per la partecipazione alla procedura, cd. "garanzia provvisoria".

La norma dispone che "l'offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito. Per rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio a esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo sino all'1 per cento oppure incrementato sino al 4 per cento", eccetto che per le procedure di gara in forma aggravata da centrali di committenza (comma 1, art.106 del Codice 2023).

La norma prevede che la garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione (comma1, art.106 ultimo periodo, art.106).

In particolare, "la garanzia fideiussoria(...) a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività, oppure dagli intermediari finanziari (...), che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile (...). La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; esse deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri (...) conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID (...)" (comma 3°, art.106 del Codice del 2023).

La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione, di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile (caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2023 n.9180, su: www.sentenzeappalti.it.

fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale) (cfr. comma 4°, art.106 del Codice del 2023).

Il Codice del 2023 prevede che la garanzia deve avere efficacia per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta, salvo che il bando o l'invito richiede una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata del presumibile procedimento, nonché l'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione (cfr. comma 5°, art.106).

Sotto il profilo sostanziale, "la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguente all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011 n.159" (comma 6°, art.106 del nuovo Codice).

La novità rispetto al Codice precedente è che ai sensi dell'art.106, comma 6 del Codice 2023, l'escussione della garanzia provvisoria è ora possibile anche in relazione a situazioni che si verificano nel periodo compreso tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione, e quindi anche dell'operatore economico che sia solo destinatario della proposta di aggiudicazione.

Inoltre, " l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento per gli operatori economici ai quali sia rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee (...). La certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, non cumulabile con quella di cui al primo periodo (30%), nei confronti delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 10 per cento, cumulabile con la riduzione di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, (...). L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto fino ad un importo

massimo del 20 per cento, cumulabile con le riduzioni di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico possenga uno o più delle certificazioni o marchi individuati, tra quelli previste nell'Allegato II.13, nei documenti di gara iniziali che fissano anche l'importo della riduzione, entro il limite massimo predetto (...)” comma 8°, ART.106 del Codice del 2023).

Ed ancora “per fruire delle riduzioni di cui al presente comma l'operatore economico segnala, in sede di offerta il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalla norme vigenti” (comma 8, periodo 6°, art.106 del Codice del 2023).

Infine, va precisato che sebbene non sia obbligatorio prestare garanzia fideiussoria, attesa la sua alternatività con la prestazione di cauzione, il nuovo Codice prevede, si ritiene per ragioni di efficienza e sicurezza del sistema, che la polizza debba essere c.d. nativa digitale.

Infine, per quanto attiene al punto sulla giurisprudenza il Consiglio di Stato ha affermato che la cauzione “si pone come strumento di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta che vincola le imprese partecipanti ad una gara pubblica all'osservanza dell'impegno assunto a rispettarne le regole, responsabilizzandole, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla Pubblica amministrazione, in ordine alle dichiarazioni rese anche con riguardo al possesso dei requisiti di ammissione alla procedura”¹.

¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez.V, Decisione del 10 aprile 2018 n.2181.

B) LA GARANZIA DEFINITIVA

Per la sottoscrizione del contratto l'appaltatore costituisce una garanzia denominata "garanzia definitiva", a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità previste dall'articolo 106, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale; tale obbligo è indicato negli atti e documenti di gara. Nel caso di procedure realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è indicato nella misura massima del 10 per cento dell'impegno contrattuale (comma 1°, primo periodo, art.117 del Codice del 2023).

A parte le procedure aventi ad oggetto "accordi quadro", l'importo della garanzia per tutti gli operatori economici aggiudicatari è indicato nella misura massima del 2 per cento dell'importo dell'accordo quadro. Inoltre, l'importo della garanzia per i contratti attuativi può essere fissato nella documentazione di gara dell'accordo quadro in misura anche inferiore al 10 per cento del valore dei contratti stessi con l'indicazione della maggiorazione prevista dal comma 2(cfr. comma 1°, periodo 3°, art.117).

Inoltre, in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al 10 per cento, la garanzia definitiva è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento, mentre in caso di aggiudicazione con ribassi superiore al 20 per cento, l'aumento della garanzia è di 2 punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento (cfr. comma 2°, periodi 1° e 2°, art.117).

In particolare, nel caso di accordi quadro con più operatori che prevedono una riapertura del rilancio, la maggiorazione è stabilita dalla stazione appaltante nella documentazione di gara dell'accordo quadro (cfr. comma 2°, periodo 3°, art.117).

Ed ancora, anche alle garanzie definitive si estendono le riduzioni, previste dall'art.106, comma 8, per le garanzie provvisorie (comma 3, ultimo periodo, art.117).

Nella sostanza, "la garanzia è prestata per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e per il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché per il rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del

certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e secondo le modalità previste dal comma 8" (comma 3, periodi 1° e 2°, art.117).

E' riconosciuto dal Codice all'appaltatore la possibilità di richiedere, negli appalti di lavori e prima della stipulazione del contratto, la sostituzione delle garanzie per l'esecuzione con l'applicazione di una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento pari al 10 per cento degli stessi, ferme restandola garanzia fideiussoria costituita per l'erogazione dell'anticipazione e la garanzia da costituire per il pagamento della rata di saldo, e fatta salvo la possibilità di opposizione della stazione appaltante "per motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori" (cfr. comma 4, art.117 del Codice del 2023).

La mancata costituzione della garanzia determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della garanzia provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto al concorrente che segue nella graduatoria (comma 6, art.117)

La garanzia in particolare "è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80 per cento dell'iniziale importo garantito. L'ammontare residuo della garanzia definitiva permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Lo svincolo è automatico senza necessità di nulla osta del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione". Tale automatismo si applica anche agli appalti di forniture e servizi. Sono nulle le pattuizioni contrarie o in deroga. Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata" (comma 8, art.117 del Codice).

Inoltre, "il pagamento della rata di saldo è subordinata alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa pari all'importo della medesima rata di saldo maggiorata del tasso di interesse (...)" (comma 9, art.117).

Di particolare importanza in materia di copertura dei rischi, è inoltre, la previsione che :“L’esecutore dei lavori costituisce e consegna alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, vetrificatisi in corso dell’esecuzione dei lavori. Nei documenti e negli atti a base di gara o di affidamento è stabilito l’importo della somma da assicurare che, di norma, corrisponde all’importo del contratto stesso qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongano un importo da assicurare superiore. La polizza del presente comma assicura la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell’esecuzione dei lavori il cui massimale è pari al 5 per cento della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato . Qualora sia previsto un periodo di garanzia, la polizza assicurativa è sostituita da una polizza che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi connessi all’utilizzo delle lavorazioni in garanzia o agli interventi per la loro eventuale sostituzione o rifacimento. L’omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio o commissione da parte dell’esecutore non comporta l’inefficacia della garanzia nei confronti della stazione appaltante” (comma 10°, art.117).

Non è superfluo, precisate che le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste dal Codice devono essere conformi agli schemi tipo approvati con decreto del Ministro delle Imprese e del Made in Italy di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e con il Ministero delle Economia. In particolare, le garanzie fideiussorie devono prevedere la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante per l’eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti. I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante “ (comma 12, art.117).

Non secondaria la previsione per i raggruppamenti temporanei, dove le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dal mandatario in nome e per conto di tutti i concorrenti, ferma restando la responsabilità solidale tra le

imprese (comma 13, art.117).

Il Codice, altresì, ha previsto particolari casi di esonero dal prestare le garanzie di che trattasi. Infatti, per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o per le forniture di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione, l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. Il predetto esonero richiede un'adeguata motivazione ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione o, in alternativa delle condizioni di esecuzione (comma 14, art.117 Codice 2023).

Parimenti, lo stesso art.53 (Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive) del Codice prevede che in casi debitamente motivati della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale (cfr. comma 4, art.53, Codice del 2023).

Un ambito regolato a parte (all'art.118), è quello delle garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.

L'art.118 del nuovo Codice (D.Lgs n.36/2023) dispone previsione specifiche per le garanzie da prestarsi per l'esecuzione di lavori di particolare valore e, in particolare, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare e per gli appalti di importo a base d'asta superiore a 100 milioni di euro.

In particolare, il soggetto aggiudicatario presenta sotto forma di cauzione o di fideiussione rilasciata dai soggetti abilitati, in luogo della garanzia definitiva di cui all'art.117, una garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, denominata "garanzia di buon adempimento" e una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal Codice, denominata "garanzia per la risoluzione" (comma 1.art.118).

Nel caso di affidamento dei lavori ad un nuovo soggetto subentrante, anche questo ultimo presenta le stesse garanzie (comma 2, art.118).

In particolare, la garanzia per "la risoluzione" copre, nei limiti dei danni effettivamente subiti, i costi per le procedure di riaffidamento da parte della stazione appaltante e l'eventuale maggior costo tra l'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione originaria dei lavori e l'impero contrattuale del riaffidamento dei lavori stessi, a cui sono sommati gli importi dei pagamenti già effettuati o da effettuare in base agli stati di avanzamento dei lavori (comma 5, art.118).

La garanzia "per la risoluzione" cessa automaticamente anche decorsi tre mesi dalla data di riaffidamento dei lavori (comma 6°, secondo periodo, art.118).

In punto alla giurisprudenza, la mancata costituzione della cauzione definitiva determina la decadenza dell'affidamento¹

8.19 - LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

La selezione delle offerte presentate dagli operatori economici rappresenta da sempre una parte fondamentale delle procedure di gara di cui si è fin qui detto, con un riforma, quella del nuovo Codice del 2023, che ha riorientato la materia, con una maggiore attenzione al "prezzo" che torna ad avere maggiore rilevanza rispetto al Codice del 2016, unitamente ad una rinnovata attenzione alle piccole e medie imprese (PMI) ed alle imprese del territorio, con possibili tensioni con il diritto dell'UE.

A tal fine, l'art.107(Principi generali in materia di selezione) del Codice fissa alcune norme di principio richiamando ai commi 1 e 2 che, per essere valutata, l'offerta deve essere conforme alle previsioni contenute nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara; deve provenire da soggetti che soddisfino i requisiti generali e speciali; e deve rispettare gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro, indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE.

A norma del comma 3 dell'art.107, è confermato l'istituto della inversione procedimentale, già introdotto e vigente fino al 30 giugno 2023. Infatti, "nelle procedure aperte, la stazione

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 8 gennaio 2018, n.34.

appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, . Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente" (comma 3, art.107 del Codice del 2023).

L'art.108 (Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture), indica i criteri di valutazione, modificando i casi per il ricorso al criterio del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV).

Il Codice del 2023 prevede, che "Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, (...)" (comma 1 dell'art.108 del Codice del 2023).

Inoltre, il comma 2 ha esteso la lista dei contratti per i quali è escluso il ricorso al criterio del prezzo più basso, ovvero:

"Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'OEPV, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art.2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1; b)i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro; c)i contratti di servizio e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo; d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione; e) gli affidamenti di appalto integrato; f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo" (comma 2°, art.108).

Può essere utilizzato "il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'art.2, comma 1, lettera e), dell'Allegato I.1" (comma 3°, Art.108).

Il comma 4 "amplia il possibile rilievo del prezzo ai fini della valutazione, superando il precedente regime fissato dall'art.95, comma 10 bis del Codice 2016, che imponeva un tetto fisso del 30% al peso del fattore economico nel criterio dell'OEPV. Permane la limitazione del 30% per i contratti ad alta intensità di manodopera nell'ottica di tutela delle condizioni di lavoro. Il limite scende addirittura al 10% negli appalti di beni e servizi informatici da impiegare in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici" (cfr. comma 4, art.108 del Codice)¹.

Per le predette finalità "i documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del migliore rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione, le stazioni appaltanti, incluse le centrali di committenza nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, tengono sempre in considerazione gli elementi di cybersicurezza, attribuendovi specifico e peculiare rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici" (comma 4°, periodi 1°, 2° e 3°, art.108 del Codice del 2023).

Il comma 7, prevede che "I documenti di gara oppure, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche precedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve

¹ cfr. Mario Di Carlo, La Selezione delle offerte i criteri di valutazione e la commissione giudicatrice, su Il Codice appalti, Il Sole 24 Ore Guida Operativa, Maggio 2023.

essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. " Ed inoltre "Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprilen.2006, n.198" (comma 7°, art.108 del Codice del 2023).

Ed ancora : "Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 7 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie che individuino con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa" (comma 8, art.108 del Codice del 2023).

Da non trascurare, che l'operatore deve indicare nella propria offerta economica, a pena di esclusione, i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale (cfr. comma 9, art.108).

Inoltre il comma 10 prevede che le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, nel rispetto dei termini per la conclusione del procedimento e, comunque non oltre 30 giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte (comma 10, art.108 del Codice).

Risulta di particolare interesse, quanto previsto al comma 11, che prevede che in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta (cfr. comma 11, art.108 del Codice del 2023).

Di sicuro interesse è quanto previsto dal comma 12, dove si prevede che "ogni variazione che intervenga,, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente

al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inverse procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'insinuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara" (comma 12°, art.108 del Codice del 2023).

In altri termini "l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara"¹. Il punto sulla giurisprudenza relativa ai criteri utilizzati nel caso di offerte economicamente più vantaggiosa, ha trovato importanti pronunce con riguardo ad alcune questioni molto dibattute, che ci offrono "principi di diritto vivente" molto utili per le nostre finalità illustrative. Il primo: "se è pur vero che la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dalla lex specialis, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità o erroneità" (ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 30/07/2019, n.4188), tale insindacabilità presuppone che la Commissione si sia attenuta alle prescrizioni della legge di gara, atteso che "il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la Stazione Appaltante non può sottrarsi(...)(TAR Campania, Napoli, Sez. V, 4.7.2019,n.3703)". Il secondo, evidenzia che "il ricorso al soccorso istruttorio è condizionato alla presenza di un manifesto errore di compilazione della documentazione, da correggere al solo fine di completamento dell'offerta su di un singolo punto senza incorrere nella violazione della par condicio tra i concorrenti" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, decisione del 6/5/2021, n.3539). Il terzo: "riguarda il divieto di inserire elementi dell'offerta economica all'interno dell'offerta tecnica, fondato sul principio di separazione tra le due proposte (TAR Liguria, decisione n.102 del 11.2.2021)". Il quarto: concerne l'assegnazione dei punteggi da parte della commissione, sia rispetto all'ordine di valutazione degli elementi, evidenziando che "non

¹ L. Ponzoni, La nuova disciplina dei contratti pubblici, Nel Diritto Editore, Molferra 2023, pag.377.

esiste del resto né è prescritto dalla legge un ordine rigoroso nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica secondo i criteri vincolati o discrezionali e l'averne posposto l'assegnazione del punteggio in base ai primi rispetto ai secondi non è ex se indice di un illegittimo o parziale agire della Commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"; sia rispetto alla valutazione riferibile ad un singolo o al collegio, affermando che "la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio, come ormai afferma la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non è ex se indice di illegittimità"¹.

8.20 - LA REPUTAZIONE DELL'IMPRESA

E' un istituto introdotto dal Codice del 2016 (art.83, comma 10 del D.Lgs 50/2016, con rettifica del correttivo, di cui all' art.52, comma 1, lett. e), nn.1-6, d.lgs n.56/2017).

Si tratta del cd. "rating di impresa" concepito dal Codice del 2016 come strumento da istituirsi presso l'ANAC per incidere in modo significativo sull'universo degli appalti pubblici.

Infatti, Il nuovo Codice del 2023, all'art.109 (reputazione dell'impresa) istituisce presso l'ANAC un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa i fase esecutiva, il rispetto della legalità, e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale (comma 1°, art.109).

Inoltre, "l'ANAC definisce gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all'articolo 1 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5, bilanciando questi elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori " (comma 2°, art.109 del Codice del 2023).

Allo stato attuale, occorre prendere atto che nonostante l'istituto risalga al precedente Codice, si è di fronte ad un istituto in fieri. Un istituto per il quale è previsto un periodo iniziale

¹ cfr. Marco TERREI; Rosalia TERREI, Manuale Operativo sugli Appalti, Editore Key, 2022, pag.281-282.

di sperimentazione.

Infatti, il Codice del 2023, ha previsto che alla predetta disposizione "è data attuazione entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore del codice, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione" (comma 3°, art.109 del Codice del 2023).

In particolare, in materia di "reputazione dell'impresa", il nuovo Codice ha istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dove sono annotate, secondo le modalità individuate dall'ANAC, con proprio provvedimento, le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici. Ed ancora, l'ANAC nel medesimo provvedimento, individua le ulteriori informazioni da iscrivere nel casellario, ivi comprese quelle rilevanti per l'attribuzione della "reputazione dell'impresa " di cui all'art.109 (cfr.art.222,comma 10 del D.Lgs n.36/2023).

Sulla base delle indicazioni in merito ai requisiti reputazionali fornite dall'ANAC, con riferimento all'art.83, comma 10, del Codice previgente del 2016, il "rating di impresa" deve fondarsi su "requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa"¹

8.21 - LE OFFERTE ANORMALMENTE BASSE

La nuova disciplina della verifica delle offerte anormalmente basse è specificata nell'articolo 110 (offerte anormalmente basse) del Codice del 2023, mentre l'art.54 (esclusione automatica delle offerte anomale) del Codice, interessa la deroga all'art.110 nelle procedure sottosoglia per l'affidamento di lavori e servizi aggiudicati al prezzo più basso.

Il nuovo Codice prevede che "In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni" (comma 2°, art.110).

¹ cfr. ANAC, Linee guida recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità", 11 maggio 2018, pag.4.

Le spiegazioni da rendersi alla Stazione appaltante richiedente possono riguardare i seguenti elementi: " a)l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente." (comma 3°, art.110 del Codice 2023).

Mentre, "non sono ammesse giustificazioni: a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge; b)in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente" (comma 4, art.110).

In sede di valutazione delle spiegazioni fornite, è importante ricordare che: "la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'Allegato X della direttiva 2014/24/UE (...); b) non rispetta gli obblighi di cui all'art.119 (rectius "subappalto"); c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'art.108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi (omissis)" (comma 5°, art.110).

Un ulteriore ambito è costituito dal caso in cui si accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato. In tal caso "la stazione appaltante può escluderla unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente, e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art.107 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In caso di esclusione la stazione appaltante informa la Commissione europea" (comma 6°, art.110).

Nel quadro degli affidamenti sotto soglia di lavori e servizi aggiudicati al prezzo più basso, che non presentino un interesse transfrontaliero certo, la regolamentazione dell'offerta anomala, fissata dall'art.54 e dall'All.II.2 è del tutto diversa. Infatti, è esclusa espressamente l'applicazione della norma agli affidamenti diretti ex art.50, comma 1, lettera a) e b).

Sebbene applicabile alle altre tipologie indicate all'articolo 50 predetto, negli altri casi la sua applicazione resta subordinata all'ammissione alla gara di almeno cinque offerte (cfr. comma 1°, art.54 Codice del 2023). Secondo Mario Di Carlo, "La regola dell'esclusione automatica è stata ritenuta dalla giurisprudenza prevalente che si è pronunciata sull'analogia disciplina prevista dal decreto legge 76/2020, inderogabile anche in assenza di una previsione della lex specialis. Sarà dunque necessario che gli atti di gara prevedano il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, o, in caso contrario, che uno di tali metodi sia scelto per sorteggio in sede di valutazione delle offerte, nella misura in cui siano applicabili. Anche l'All.II.2 è destinato ad essere sostituito da un regolamento. (...).Il comma primo prevede poi che in ogni caso le stazioni appaltanti possano valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, norma che dovrebbe trovare applicazione in tutti i casi in cui le offerte siano meno di cinque"¹

Secondo la giurisprudenza amministrativa, "il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospetta di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, essendo irrilevanti delle - pur sempre possibili - isolate e singole voci di scostamento(...).Tale giudizio non ha infatti per oggetto la ricerca di ipotetiche inesattezze parziali dell'offerta economica, ma è finalizzato ad accertare se quest'ultima, nel complesso, sia attendibile e, dunque, se dia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto ciò che conta è che l'offerta, nel suo complesso, appaia effettivamente seria"².

8.22 - LE VICENDE DEL CONTRATTO DI APPALTO

A) LA REVISIONE PREZZI

L'istituto della "revisione prezzi" "persegue la duplice finalità, da una parte di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, data

¹ cfr. Mario DI CARLO, La selezione delle offerte: i criteri di valutazione e la commissione giudicatrice, sul Codice degli appalti. Il Sole 24 Ore -Guida Operativa Maggio 2023, pag.100.

² cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 27 marzo 2017, n.1370.

l'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse e la conseguente incapacità dell'operatore economico selezionato di farvi compiutamente fronte, dall'altra, di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto"¹.

L'istituto in questione trova oggi nell'articolo 60(Revisione prezzi) del D.Lgs n.36/2023 (Nuovo Codice degli appalti) la nuova disciplina, che nel Codice del 2016 (D.lgs n.50/2016), era inserito nell'articolo 106 (modifica di contratti durante il periodo di efficacia).

L'art.60 vigente, stabilisce che "nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi" (comma 1, art.60).

Si tratta di clausole che "non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire" (comma 2°, art.60). Il predetto art.60, per la determinazione della variazione dei costi e dei prezzi prevede che " si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT:

- a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;
- b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indice dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie" (comma 3°, art.60).

Un aspetto importante affrontato dal legislatore è come sostenere i maggior oneri derivanti dalla revisione prezzi. A tal fine "le stazioni appaltanti utilizzano:

- a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento;
- b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa distinzione

¹ cfr. Giulia Fabrizi - Rita Pescatore, La Revisione Prezzi, su Il Codice Appalti, su Il Sole 24 Ore Speciale, maggio 2023, pag.117.

delle norme vigenti;

- c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati..., e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione(...)” (comma 5°, art.60).

Secondo la recente giurisprudenza amministrativa è stato evidenziato che “il vecchio” codice degli appalti si è limitato, nell’art.106, a facoltizzare l’inserimento della previsione nei documenti di gara, ma solo a condizione che la modifica del contratto durante il suo periodo di efficacia non fosse tale da alterare le condizioni della gara, dovendo altrimenti essere esperita una nuova procedura di affidamento. Sull’onda della crisi pandemica e della forte impennata dei costi dell’energia e delle materie prime per la guerra in Ucraina, l’istituto è stato reintrodotta con numerose norme speciali. Il nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs n.36 del 2023, lo ha nuovamente ammesso a sistema ai sensi dell’art.60 che afferma “1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l’inserimento delle clausole di revisione prezzi”¹.

B) LE MODIFICHE CONTRATTUALI

L’art.120 del Codice del 2023)(Modifica dei contratti in corso di esecuzione), ripropone con modifiche, l’art.106 del precedente Codice (D.Lgs n.50/2016), già “modifica dei contratti durante il periodo di efficacia”. Le principali modifiche che in generale il nuovo Codice ha apportato all’art.106 del D.Lgs n.50/2016, riguardano, da un lato, l’introduzione di una nozione unitaria delle cd. Varianti “sostanziali”, (vietate), che non si rinveniva nell’art.106 del D.Lgs n.50/2016 (vecchio Codice).

L’art. 106 del vecchio Codice recepiva l’art.72 Dir. 2014/24/UE e art. 89 Dir. 2014/25/UE, e trattava interamente il tema delle varianti in corso d’opera. La norma era suddivisa in molti commi (14) di difficile lettura, dato che trattava dell’ambito generale di modifica al contratto durante il periodo di esecuzione dei lavori, e quindi anche di modifiche soggettive al contratto, variazioni oggettive di progetto, variazioni oggettive sul corrispettivo e

¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez.III,13 luglio 2023, n.6847.

variazioni alla durata contrattuale.

Il comma 1 elencava cinque casi tassativi riferiti ad aspetti principalmente qualitativi, che comportavano una modifica del contratto senza una nuova procedura, che si riportano di seguito in modo sintetico :

- a) le modifiche previste nei documenti di gara in clausole chiare precise ed inequivocabili che possono comprendere la revisione dei prezzi; non è superfluo precisare che l'art.106 era comprensivo dell'istituto della "revisione prezzi", che il nuovo Codice regola all'articolo 60, già esaminato al punto A);
- b) i lavori, i servizi o forniture supplementari da parte del contraente iniziale che si sono resi necessari e non inclusi nel l'appalto iniziale;
- c) le varianti in corso d'opera a causa di circostanze imprevedute ed imprevedibili;
- d) la sostituzione del vecchio contraente con uno nuovo;
- e) le modifiche non sostanziali (ai sensi del comma 4), secondo le soglie stabilite nei documenti di gara (comma 1, art.106 del D.Lgs n.50/2016).

Con il nuovo art.120 del Codice del 2023, "i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti, sempre che nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e' operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate:

- a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, che possono consistere anche in clausole di opzione; per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015 n.208;
- b) per la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente nel contempo: 1)risulti impraticabile per motivi economici o tecnici; 2)comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi;
- c) per le varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche resesi necessarie in

corso di esecuzione dell'appalto per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante. Rientrano in tali circostanze nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

- d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una seguenti circostanze: 1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara; 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazione societaria, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del Codice, fatto salvo quanto previsto dell'articolo 124 (rectius" Esecuzione o completamento dei lavori...nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento..."; 3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori (comma 1°, art.120).

Inoltre, nei casi di cui al comma 1, lettera b) (sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari) e c) (varianti in corso d'opera, come modifiche rese necessarie per effetto di circostanze imprevedibili), il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento del prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale, e che in caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica (comma 2°, art.120).

Ed ancora, "i contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto dal comma 1, senza necessità di una nuova procedura, sempre che nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a)le soglie fissate all'articolo 14; b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture; il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori; in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche" (comma 3°, art.120).

Per quanto in particolare riguarda le modifiche sostanziali. È bene precisare che sono

sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le "modifiche non sostanziali" (comma 5, art.120).

La nuova definizione di modifica sostanziale è dettata dal comma 6 dell'art.120 del Codice: "la modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se si verificano una o più delle seguenti condizioni:

- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare una offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attratto ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- a) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- b) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- c) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d)" (comma 6 art.120 del Codice del 2023).

Da rimarcare che " non sono considerate sostanziali, ..., le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali, nel rispetto della funzionalità dell'opera:

- a) si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;
- b) si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera" (comma 7, art.120).

Sulla problematica delle "modifiche sostanziali", non è superfluo il richiamo degli orientamenti consolidati in questa materia, della giurisprudenza comunitaria della CGUE. Secondo la Corte di Giustizia UE le modifiche sostanziali ricorrono quanto " hanno per effetto o di estendere l'appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare

l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi¹

Un altro ambito rientrante nelle previsioni dell'art.120 del nuovo Codice, riguarda l'esecuzione di incrementi dei lavori fino al cd. "quinto d'obbligo". A tal fine "Nei documenti di gara iniziali può essere stabilito, che qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante possa imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto" (comma 9°, art.120).

Il contratto è sempre modificabile, ai sensi dell'art.9 del nuovo Codice (Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale), e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nello stesso. Nel caso in cui queste clausole non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo alla stazione appaltante, e la sua presentazione non giustifica la sospensione del contratto. Sarà il RUP a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. In mancanza di un nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione (comma 8°, art.120).

La predetta disposizione codifica per la prima volta, nella materia degli appalti pubblici, un principio di carattere generale di origine civilistica "desumibile da diverse disposizioni del Codice civile, come l'art.1467, 3 comma, in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, l'art.1664, comma 1°, in materia di appalto, l'art.1623 in tema di affitto, oltre che dagli artt.1366 e 1375 in materia di interpretazione ed esecuzione del contratto secondo buona fede". Ed ancora "La codificazione del principio di rinegoziazione e del procedimento per avervi attuazione rappresenta senza dubbio un'importante novità per gli operatori del

¹ cfr. sentenza del 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU, C, 2008, 351 - punti da 34 a 37.

settore in quanto introduce un rimedio manutentivo specifico per il settore dei contratti pubblici, maggiormente confacente alle esigenze dei contraenti, in primis della pubblica amministrazione ed alla conservazione degli interesse pubblici all'esecuzione delle opere e/o della prestazione dei servizi e delle forniture"¹.

L'iter istruttorio delle modifiche e delle varianti, è disciplinato dal comma 13, il cui tenore è il seguente: "Fatto salvo quanto previsto dal comma 8 per il caso di rinegoziazione, le modifiche e le varianti devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante, Le modifiche progettuali consentite ai sensi del comma 7, devono essere approvate dalla stazione appaltante su proposta del RUP, secondo quanto previsto dall'allegato II.14" (comma 13°, art.120).

Per quanto riguarda gli adempimenti di pubblicità, il Codice del 2023, prescrive che : "Un avviso dell'intervenuta modifica del contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) (per la sopravvenuta necessità...), c) per varianti in corso d'opera...), è pubblicato a cura della stazione appaltante nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (omissis). Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14 la pubblicità avviene in ambito nazionale" (comma 14, art.120). Ed ancora, "si osservano, in relazione alle modifiche del contratto, nonché in relazione alle varianti in corso d'opera, gli oneri di comunicazione e di trasmissione all'ANAC a cura del RUP, individuati nell'allegato II.14. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita i poteri di cui all'articolo 222. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle modifiche e delle varianti in corso d'opera previsti dall'allegato II.14, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art.222, comma13" (comma 15, art.120 del Codice del 2023)².

C) LE PROROGHE ED I RINNOVI

Un altro ambito, affrontato dal Codice è, in particolare, l'istituto della proroga della

¹ Giulia Fabrizi, La modifiche contrattuali, in Il Codice degli appalti, Speciale di Il sole 24 Ore, maggio 2023, pag.124.

² cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU, C, 2008, 351 - punti da 34 a 37.

durata contrattuale. A tal fine “ Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un’opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante” (comma 10, art.120). Il comma 11, delinea la casistica legittimante la proroga del contratto. Essa ricorre: “ In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l’appaltatore uscente qualora l’interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l’igiene pubblica, oppure nei casi in cui l’interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all’interesse pubblico che è destinato a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all’esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto” (comma 11°, art.120 del Codice del 2023). Si precisa, inoltre, che l’elemento che differenzia la proroga dal rinnovo del contratto, sta nella circostanza che mentre il rinnovo presuppone una rinegoziazione delle condizioni, la proroga si riduce soltanto ad un mero differimento temporale”¹.

Ed ancora la cd. “proroga tecnica”, è un istituto volto ad assicurare che, nelle core dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l’erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità, rappresenta un’ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali².

Ed infine, “è’ legittima una proroga del contratto di appalto effettuata ai sensi dell’art.106, comma 11, del d.lgs n.50/2016 (secondo cui “la proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l’individuazione di un nuovo contraente. In tal caso, il contraente è tenuto all’esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante”), in un momento in cui il contratto era vigente e per il tempo strettamente necessario allo svolgimento di una nuova procedura concorsuale che era stata prontamente attivata dalla

¹ Consiglio di Stato, Sez.III, nn.159/2015, 2682/2012 e 1687/2012.

² cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 29/5/2019, n.3588, su “Le modifiche al contratto di appalto Casi pratici e soluzioni”, di Lorenzo Rota ed Eugenio Sigona, Officina del diritto, Ed. Giuffrè, febbraio 2022, pag.11.

committente"¹.

D) LA CESSIONE DI CREDITI

Di particolare interesse, sono anche le previsioni del Codice sulle "cessioni di crediti". A tal fine, "si applicano per le cessioni di crediti le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n.52. L'Allegato II.14 disciplina le condizioni per l'opponibilità alle stazioni appaltanti" (comma 12, art.120 del Codice del 2023).

Il Riferimento alla legge n.52 della legge 21 febbraio 1991, n.52 (Disciplina della cessione dei crediti di impresa) contenuto nel Codice dei contratti del 2023, aiuta l'applicazione concreta dell'istituto, molto diffuso, se concorrono le seguenti condizioni: a) il cedente è un imprenditore; b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati nell'esercizio dell'impresa; c) il cessionario è una banca o un intermediario finanziario disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (omissis)" (comma 1, art.1, Legge 52/1991).

Un aspetto essenziale di questo istituto applicato alla materia dei contratti pubblici attiene all'aspetto della cd. "opponibilità" alle stazioni appaltanti, negli ultimi anni di notevole contenzioso. Secondo l'allegato II.14, art.6, "ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici" (comma 1°, art.6 dell'Allegato II.14). Ma assume cruciale importanza che "le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione e concorso di progettazione sono efficaci ed opponibili alle stazioni appaltanti che sino amministrazioni pubbliche, qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro 45 giorni dalla notifica della cessione" (comma 2°, art.6 dell'Allegato II.14) .

Si evidenzia un trattamento speciale delle cessioni di credito riguardanti le amministrazioni pubbliche, sia centrali che locali, conferma quanto già contenuto nel precedente art.106, comma 13, del Codice di cui al D.Lgs n.50/2016.D'altra parte la giurisprudenza in relazione al consenso del debitore, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti senza il

¹ cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez.I, 04.02.2020, n.158 in Diritto & Giustizia,2020 - su Le modifiche al contratto di appalto, op.cit. pag.12.

consenso del debitore, di cui all'art.1260 c.c., ha affermato che siffatto divieto di cessione senza l'adesione della P.A. sarebbe limitato per i contratti di fornitura, servizi ed ogni contratto di durata, sempre che il contratto da cui deriva il credito sia in corso di esecuzione, "con conseguente irrilevanza dell'accettazione da parte della Pubblica Amministrazione"¹.

8.23 - LA SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE

La nozione di "sospensione dell'esecuzione del contratto" è ben delineata nell'articolo 121, il quale stabilisce che "quando ricorrano circostanze speciali, che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non fossero prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando il verbale di sospensione, che è inoltrato, entro cinque giorni al RUP" (comma 1, art.121). Ed inoltre, che "La sospensione può, altresì, essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse".

Rispetto al Codice del 2016, l'art.121 del nuovo Codice, prevede il coinvolgimento del "Collegio consultivo tecnico". Infatti "nelle ipotesi previste dai commi 1 e 2, per i lavori di realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art.14, la sospensione è disposta dal RUP dopo aver acquisito il parere del Collegio consultivo tecnico ove costituito. Se la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, si applica l'art.216 comma 4". Con riferimento a tali casi (gravi ragioni di ordine tecnico), "entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori oppure della causa che potrebbe determinarla, il collegio consultivo tecnico accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori ed indica le modalità, (...) con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. In tal caso la pronuncia assume efficacia di lodo contrattuale (omissis)" (comma 4, art.216 "Pareri obbligatori" del Codice del 2023).

La sospensione dell'esecuzione del contratto di regola "è disposta per il tempo strettamente

¹ cfr. Cassazione n.2541/2007 e 268/2006.

necessario. Cessate le relative cause, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale" (comma 4° art.121).

Riproponendo nella sostanza quanto già previsto nel vecchio Codice (art.107 del D.lgs n.50/2016), "qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi" (comma 5° art.121).

Altra casistica molto ricorrente è quella che si verifica "quando successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore prosegue le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Nel caso di sospensioni parziale, per i lavori di realizzazione di opere pubbliche di importo alle soglie di cui all'articolo 14, si applica il comma 3 del presente articolo" (comma 6°, art.121).

Ove ci siano contestazioni da parte dell'esecutore, il Codice stabilisce che "Le contestazioni dell'esecutore, in merito alle sospensioni dei lavori, sono iscritte a pena di decadenza nel verbale di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che la contestazione riguardi, nelle sospensioni inizialmente legittime, la sola durata, nel qual caso è sufficiente l'iscrizione della stessa nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non firmi i verbali deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo, il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa ai sensi dell'art.222, comma 13" (comma 7°, art.121).

Altra casistica meritevole di attenzione, è quella in cui "l'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la concessione della proroga non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga

decide, entro trenta giorni dal suo ricevimento, il RUP, sentito il direttore dei lavori. Per i lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 è acquisito il parere del collegio consultivo tecnico, ove costituito" (comma 8° art.121).

Ed ancora, "nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 6, l'esecutore può chiedere, previa iscrizione, a pena di decadenza, di specifica riserva, ai sensi del comma 7, il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo i criteri individuati nell'allegato II.14" (comma 10°, art.121 del Codice del 2023).

Non è superfluo precisare, che la nuova disposizione sulle sospensioni di cui al Codice del 2023, risulta snellita rispetto a quella precedente, avendo spostato le disposizioni di dettaglio all'allegato II.14 (Direzione dei lavori, e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità).

Inoltre, le disposizioni contenute nell'art.121 si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture, intendendosi riferite al direttore dell'esecuzione, se nominato, le previsioni riguardanti il direttore dei lavori, Ai contratti di appalto di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro si applicano inoltre i commi 3 e 6, secondo periodo, e 8, quarto periodo" (comma 11, art.121 del Codice del 2023).

Infine, "E' illegittima la sospensione dei lavori dovuta a circostanze riconducibili alla sfera di responsabilità della stazione appaltante che per imprecisione progettuale e difetto di coordinamento degli interventi, ha impedito l'adempimento da parte dell'appaltatore nei modi e nei termini stabiliti nel contratto"¹.

8.24 - LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Così come previsto dall'art.1453 del codice civile, nell'ambito del diritto dei contratti civili, per gli appalti pubblici, l'istituto della "risoluzione del contratto", che in generale riguarda

¹ cfr. Collegio Arbitrale, Roma, 20 febbraio 1996, su: "La direzione lavori di Opere pubbliche", di Enrico MALOSSETTI,, Maggioli editore,2019, pag.118.

tutti i contratti a prestazioni corrispettive, ripropone quasi integralmente l'art.108 del D.lgs n.50/2016, e viene prevista nel nuovo Codice del 2023 all'art.122.

A tal fine, "le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto senza limiti di tempo, se si verificano una o più delle seguenti condizioni:

- a) modifica sostanziale del contratto, che richiede una nuova procedura di appalto ai sensi dell'art.120;
- b) con riferimento alle modificazioni di cui all'art.120, comma 1, lettere b) e
- c) superamento delle soglie di cui al comma 2 del predetto articolo 120 e, con riferimento alle modificazioni di cui all'art.120, comma 3, superamento delle soglie di cui al medesimo articolo 120, comma 3, lettera a) e b); c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 94, comma 1 (cd. cause di esclusione automatica), e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara;
- d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea" (comma 1, art.122 del codice 2023).

Inoltre, " le stazioni appaltanti risolvono un contratto di appalto i qualora nei confronti dell'appaltatore: a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV del presente libro" (comma 2°, art.122).

Un'altra casistica si ricava dal comma 3°, il cui tenore è il seguente: "Il contratto di appalto può inoltre essere risolto per grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni. Il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione, se nominato, quando accerta un grave inadempimento, ai sensi del primo periodo avvia in contraddittorio con l'appaltatore il procedimento

disciplinato dall'articolo 10 dell'allegato II.14. All'esito del procedimento, la stazione appaltante, su proposta del RUP, dichiara risolto il contratto con atto scritto comunicato all'appaltatore" (comma 3°, art.122).Qualora, al di fuori di quanto previsto dal comma3, l'esecuzione delle prestazioni sia ritardata per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione, se nominato, gli assegna un termine che, salvo i casi di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni entro i quali deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine, e redatto il processo verbale in contraddittorio, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, con atto scritto comunicato all'appaltatore, fermo restando il pagamento delle penali" (comma 4°, art.122).

In tutti i casi di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti e le relative controversie che attengono alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale instaurato è riservata alla cognizione del giudice ordinario e non a quello amministrativo¹.

Infine, è stato mantenuto nel nuovo articolo 122 del nuovo Codice, l'ultimo comma dell'art.108 del Codice previgente, inerente l'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali cautelari. Infatti, "in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombrò delle aree di lavoro e relative pertinenze, la stazione appaltante può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'art.106, pari al 1 per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni" (comma 8,, secondo periodo, art.122 del Codice del 2023).

8.25 - IL RECESSO DAL CONTRATTO

L'art.123 del nuovo Codice disciplina l'istituto del "recesso", il cui contenuto è molto prossimo alla ratio dell'analogo istituto del "recesso unilaterale dal contratto", previsto

¹ ex multis Cassazione civile, sezione I, 29 ottobre 2014, n.22995; TAR Lombardia, Milano, sez.IV, 27 ottobre 2016, n.1981.

dall'art.1671 de codice civile, soprattutto in riferimento alla avvenuta rielaborazione del comma 1 dell'art.109 del Codice del 2016, per la parte "purché tenga indenne l'appaltatore (omissis)". Infatti, "la stazione appaltante può cedere dal contratto i qualunque momento perché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto dell'allegato II.14" (comma 1°. Art.123 del nuovo Codice del 2023).

Con riguardo al procedimento, "l'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla Stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture" (comma 2°, art.123).

Con riferimento alla natura del provvedimento, autoritativo o meno, "l'atto di recesso non deve osservare le modalità procedurali dell'atto amministrativo perché si tratta di un atto negoziale non autoritativo, posto in essere iure privatorum. Inoltre, è un recesso ad nutum con cui il contraente committente si scioglie dal contratto tenendo indenne la controparte (che non ha una legittima aspettativa a nulla di più) sia di oneri e costi, sia del lucro non realizzato"¹.

Infine, il nuovo Codice rinvia all'allegato II.14, il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore (cfr. comma 3°, art.123 del nuovo Codice).

Secondo l'indirizzo del Consiglio di Stato: "L'esercizio della facoltà di recesso da parte del committente privato (all'art.1671, Codice civile), traslata nell'ambito delle commesse pubbliche e riferita al committente pubblico, non cambia la natura del presupposto alla base del recesso, che si sostanzia, in entrambi i casi, in una rinnovata valutazione di opportunità a cui il legislatore connette la facoltà di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale(...).Le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale,

¹ cfr. Lorenza PONZONE, La nuova disciplina dei contratti pubblici, Neldiritto editore, Molfetta 2023, pag.393.

non possono utilizzare lo strumento pubblicitario della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art.134 del D.lgs n.163 del 2006 (poi art.109 del d.lgs n.50/2016 e oggi art.123 d.lgs n.36/2023)"¹

8.26 - ESECUZIONE O COMPLETAMENTO DI LAVORI, SERVIZI O FORNITURE IN CASI PARTICOLARI

L'art.124 del nuovo Codice degli appalti, disciplina alcuni casi particolari di contratti. La "Esecuzione o completamento di lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato". Infatti, fatto salvo quanto previsto dai commi 4 (il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può, su autorizzazione del giudice delegato, stipulare il contratto ...) e 5 (per i contratti di in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo...), "in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, oppure di risoluzione del contratto ai sensi dell'art.122 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, oppure in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile" (comma 1, art.124 del Codice del 2023).

Le modifiche principali rispetto al precedente regime degli appalti, stabilito dal D.Lgs n.50/2016, sono le seguenti : a)in caso di subentro, le stazioni appaltanti possono interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara e risultano ammessi ed in graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto alle condizioni proposte dall'aggiudicatario, salva la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte

¹ cfr. Consiglio di Stato, Sez. III del 28/3/2022), n.2274, su: www.eius.it.

dall'operatore economico interpellato (cfr. comma 2°, art.124 del Codice del 2023);b) in caso di sopravvenienza della "liquidazione giudiziale" dopo il provvedimento di aggiudicazione, non è automatica la decadenza dall'aggiudicazione, in quanto il contratto può essere stipulato col curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa, previa autorizzazione del giudice delegato (cfr. comma 4°, art.124 del Codice del 2023).

Il punto sulla giurisprudenza ci conferma che "la procedura di interpello, promossa su sponte della stazione appaltante nei casi previsti dall'art.140 d.lgs n.163/2006 (sostituito dall'art.110 del D.lgs n.50/2016 e nel 2023 dall'art.124 del D.lgs n.36/2023), rientra nel genus delle procedure di affidamento. La specificità della procedura riposa sul fatto che vengono interpellati esclusivamente i soggetti utilmente collocati nella originaria graduatoria di gara e l'aggiudicatario, all'esito dell'interpello deve completare i lavori alle medesime condizioni offerte dall'originario aggiudicatario poi dichiarato fallito o destinatario di una procedura liquidatoria ostativa al completamento dei lavori"¹.

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 10 agosto 2016 n.3578, su Il codice dei contratti pubblici commentato di Cutajer e Massari, Maggioli editore, 2017, pag.962.

8.27 - ANTICIPAZIONE DEL PREZZO E MODALITA' E TERMINI DI PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO

Già con il precedente Codice degli appalti, è stata resa strutturale la possibilità – decisiva per sostenere le imprese con problemi di liquidità – dell'anticipazione del prezzo a favore delle imprese. La stessa era pari al 20% da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori; l'erogazione, però, era subordinata alla costituzione di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, di importo pari all'anticipazione, maggiorato del tasso di interesse legale. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede per ritardi a lui imputabili (art.35, comma 18, D.lgs n.50/2016).

Con il nuovo Codice è l'art.125 che regola la materia. La nuova norma ha previsto:

-l'estensione discrezionale dell'anticipazione per le stazioni appaltanti fino al 30% e la disciplina dell'anticipazione anche per i contratti di servizi e forniture pluriennali(commo 1)il pagamento degli acconti sono effettuati nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto (comma 2); il pagamento della rata a saldo, avviene all'esito positivo del collaudo negli appalti di lavori, e della verifica di conformità negli appalti di servizi e forniture, e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'emissione dei relativi certificati. Il RUP rilascia il certificato di pagamento.

Inoltre, i certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo sono emessi dal RUP contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento e comunque entro un termine non superiore a sette giorni. Il RUP invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento. L'esecutore emette fattura al momento dell'adozione del certificato di pagamento. L'esecutore può emettere fattura anche al momento dell'adozione dello stato avanzamento lavori (cfr. comma 5°, art.125 del Codice 2023).

Le predette disposizioni si applicano anche ai contratti di servizi e forniture con caratteristiche di periodicità o continuità, che prevedono la corresponsione di acconti sul corrispettivo (cfr. comma 6°, art.125 Codice del 2023).

Per quanto riguarda i pagamenti a saldo il Codice stabilisce che "All'esito positivo del collaudo negli appalti di lavori, e della verifica di conformità negli appalti di servizi e forniture e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'emissione dei relativi certificati, il RUP rilascia il certificato di pagamento relativo alla rata di saldo; il pagamento è effettuato nel termine di trenta giorni decorrenti dall'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche" (comma 7°, art.125).

Il Codice precisa, in particolare, che "il certificato di pagamento della rata di saldo² non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, per come invece previsto in generale dall'art.1666, secondo comma del codice civile (cfr. comma 7°, ultimo periodo, art.125 Codice del 2023).

Ed infine, "la sequenza delineata nel testo dell'art.125 (SAL -Certificati di pagamento entro 7 giorni.- facoltà di emissione fattura da parte appaltatore – pagamento entro 30 gg. Aumentabile a 60 giorni, in casi particolari e specifici) è più favorevole alle imprese, rispetto a quella prevista dall'art.4 del d.lgs n.231 del 2002, quanto alla decorrenza degli interessi di mora. Quest'ultima, infatti, non è collegata all'emissione dei certificati di pagamento degli acconti e della rata di saldo, bensì rispettivamente all'emissione dei s.a.l. ed all'emissione dei certificati di collaudo e di verifica di conformità. Infatti a parte il comma 6, l'art.4 del d.lgs n.231 del 2002 non è richiamato dal nuovo Codice. Il comma 9 invece richiama per la quantificazione degli interessi ed il riconoscimento delle spese di liquidazione, gli artt.5 e 6 del d.lgs n.231 del 2002"¹. Secondo ANAC, chiamata a pronunciarsi sull'anticipazione del prezzo già regolato dall'art.35, comma 18, del D.lgs n.50/2016,"l'anticipazione del prezzo (...) costituisce un obbligo per la stazione appaltante e, quindi, un pagamento dovuto all'appaltatore, purché sussistano le condizioni stabilite dalla norma: stipula del contratto, avvio dell'esecuzione dello stesso e rilascio di apposita garanzia"².

¹ cfr. L. PONZONE, op.cit., pag.396.

² cfr. ANAC - Parere del 17 maggio 2022-

8.28 - PENALI E PREMI DI ACCELERAZIONE

Al fine di impedire ritardi nell'esecuzione dei contratti, gli ordinamenti, sia civilistico e sia pubblicistico, hanno previsto misure per prevenire e sanzionare i ritardi che si determinano nell'esecuzione dei contratti ad opera dei contraenti. A tale scopo, in particolare, gli artt.1218 c.c.(responsabilità del debitore), art.1219 c.c.(costituzione in mora) e 1382 c.c.(effetti della clausola penale)sono orientati nei rapporti privatistici. Mentre, la stessa materia dei ritardi nei contratti di appalto pubblici è regolata, oltre che di principi e norme civiliste, in quanto applicabili, soprattutto dalla legislazione comunitaria e nazionale. Nell'ordinamento italiano la materia degli appalti pubblici ha trovato una puntuale codificazione soprattutto con i Codici emanati nel 2006 (D.Lgs.163/2006), nel 2016 (D.Lgs n.50/2016) e per ultimo con il Codice del 2023 (D.Lgs n.36/2023). L'art.126 del D.Lgs 31 marzo 2023 n.36 (Codice 2023), indica al comma 1, la disciplina delle penali contrattuali e al comma 2 la disciplina dei premi di accelerazione.

Infatti, "I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltato e commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o delle prestazioni contrattuali. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0, 3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale" (comma 1, art.126 del Codice del 2023).

Al comma 2 è invece regolata l'ambito di cd. "premi di accelerazione". A tale scopo "per gli appalti di lavori la stazione appaltante può prevedere nel bando o nell'avviso di indizione della gara che, se l'ultimazione dei lavori avviene in anticipo rispetto al termine fissato contrattualmente, sia riconosciuto un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo.. Il premio è determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale ed è corrisposto a seguito dell'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo, mediante utilizzo delle somme indicate nel quadro economico dell'intervento alla voce "imprevisti", nei limiti delle risorse ivi disponibili, sempre che l'esecuzione dei lavori sia conforme alle obbligazioni assunte. Nei documenti di gara iniziali la stazione appaltante si può riservare la facoltà di riconoscere un premio di accelerazione determinato sulla base dei

predetti criteri anche nel caso in cui il termine contrattuale sia legittimamente prorogato, qualora l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine prorogato. Il termine di cui al terzo periodo si computa dalla data originariamente prevista nel contratto" (comma 2°, art.126 Codice del 2023).

Non è superfluo precisare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione è ferma nel ritenere che l'anticipazione dell'adempimento sia da riferire alla data originaria del contratto. Infatti, "in tema di appalti di opere pubbliche, il premio di accelerazione... Non è dovuto in tutti i casi in cui il termine finale sia posticipato - a seguito di proroga (anche concordata), ovvero di sospensioni o varianti (anche se disposte dalla stazione appaltante), oppure di slittamenti o differimenti per forza maggiore - poiché l'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera prima del termine in origine stabilito, valutato positivamente in relazione ai tempi iniziali, può non sussistere rispetto ai diversi tempi sopravvenuti nel corso dell'esecuzione, senza che assuma alcun rilievo la causa del differimento"¹.

8.29 - IL SUBAPPALTO

"Il subappalto è il contratto, mediante il quale l'appaltatore affida ad un soggetto terzo (cd. subappaltatore) l'esecuzione in tutto o in parte dell'opera o del servizio o della fornitura già oggetto del contratto di appalto, concluso a monte dello stesso (c.d. contratto principale)"².

L'art.119 del nuovo Codice (2023), definisce il subappalto come "il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in pera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento

¹ cfr. Cassazione civile 3260/2022.

² cfr. Marco Terrei - Rosalia Terrei, Manuale operativo sugli appalti, Editore Key, Milano, 2022 pag.233.

dell'importo del contratto da affidare" (comma 2, periodi primo e secondo, art.119 del Codice).

Risulta opportuno precisare i casi in cui non si configura l'istituto del subappalto, "per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture e servizi: a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISYAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle Finanze n.9 del 14 giugno 1993(...), nonché nei comuni delle isole minori (...); d) le prestazioni secondarie, accessorie e sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto " (comma 3°, art.119 del Codice).

Sotto il profilo procedimentale, va precisato che " nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto" (...) in ragione dell'esigenza di rafforzare, (...), il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n.190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n.189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n.229" (comma 2°, periodi 3° e 4°, art.119 del Codice).

Da ricordare, inoltre, i seguenti specifici adempimenti a carico dell'affidatario dell'appalto principale: "l'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della

prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati(...). Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo sia incrementato" (comma 2, periodi 5° e 6°, art.119 del Codice).

Ed ancora, "I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

- a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
- b) non sussistono a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intendono subappaltare" (comma 4°, art.119 del Codice).

Inoltre, "l'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione (...) e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103 (...)" (comma 5.art.119 del Codice).

Per quanto riguarda il profilo delle responsabilità, "il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276. nelle ipotesi di cui al comma 11, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale(...)" (comma 6°, art.119 del Codice).

Meritevole di rilievo è che "il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che

avrebbe garantito il contraente principale.(...)” (comma 12°, art.119 del Codice).

ED ancora, “le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto e dell’esigenza, (...), di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale ei luoghi di lavoro p di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n.190, ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori (...)” (comma 17°, art.119 del Codice).

Secondo Fabrizi e Di Carlo, “l’attuale art.119 per un verso mantiene le modifiche che erano state apportate all’art.105 del D:lgs n.50/2016 dal DL 18 aprile 2019, n.32 conv. In legge 14 giugno 2019, n.55 (“decreto Sblocca Cantieri”) e dal DL 31 maggio 2021, n.77, convertito in legge 29 luglio 2021, n.108 (“decreto Semplificazioni bis”) al fine di snellire l’istituto e di recepire le indicazioni dell’istituzioni europee finalizzate a rendere la disciplina nazionale conforme al diritto eurounitario. Per altro verso, nella nuova disposizione oltre ad alcune piccole modifiche all’art.105, sono state recepite le indicazioni della Commissione UE e della Corte di Giustizia UE che ancora erano rimaste inattuare riguardo la soppressione del cd. divieto di subappalto a cascata previsto dall’art.105, comma 19, D.Lgs 50/2016.(...). L’assenza di un limite quantitativo non comporta però che sia consentito subappaltare l’intero complesso delle prestazioni oggetto dell’appalto, permanendo nella normativa nazionale il divieto di affidamento a terzi dell’integrale esecuzione dell’appalto, pur di incerta compatibilità con il diritto dell’Unione. Anche l’art.119, comma 1, D:lgs 36/2023, comma l’art.105, comma 1, D.Lgs 50/2016, prevede la nullità: del contratto di cessione del contratto di appalto; del contratto con cui sia affidata a terzi l’integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché del contratto con cui sia affidata a terzi la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.(...). L’espressione ‘categoria prevalente’ al comma 12 in relazione al CCNL applicato si rinviene ancora nell’Allegato II.12, con una portata alquanto incerta .Si potrebbe ipotizzare che l’espressione sia stata utilizzata in senso “tecnico” nel

nuovo art.119 per indicare l'insieme di compiti "essenziali" che l'amministrazione può richiedere che venga svolta da un partecipante ad un raggruppamento(...). L'art.119 del Codice 2023 mantiene altresì la soppressione dell'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori in fase di offerta e di aggiudicazione (...). Quindi anche nella vigenza del Codice del 2023 in sede di offerta non sarà più necessario indicare i nominativi dei subappaltatori ma solo dichiarare di voler far ricorso al subappalto (cd. riserva di subappalto), riservando a momento successivo l'istanza di autorizzazione alla stazione appaltante e la trasmissione del contratto di subappalto e le dichiarazioni del subappaltatore attestante l'insussistenza dei motivi di esclusione"¹.

In punto della giurisprudenza eurounitaria, è stato evidenziato come il precedente limite posto dal legislatore italiano al subappalto, fosse contrario ai Principi dell'Unione così motivando "in particolare(...) la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dall'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori a tutti gli appalti" (...) pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24"².

9 - CONTRATTI PARTICOLARI NEI SETTORI ORDINARI

Il Codice del 2023, agli articoli 127-131, reca una disciplina particolare per alcuni contratti dei settori ordinari. Si tratta dei contratti:

- a) per "i Servizi Sociali";
- b) per "i Servizi alla Persona";
- c) per "gli Appalti Riservati";
- d) per i "Servizi di Ristorazione" e i "Servizi Sostitutivi di Mensa".

¹ cfr. Giulia Fabrizi -Mario Di Carlo, Il Subappalto, su Il Codice degli appalti, guida del Il Sole 24 Ore, maggio 2023, pag.11-114..

² cfr. CGUE sez.V, 26 settembre 2019, causa C-63/18.

A) I SERVIZI SOCIALI

L' art.127 (norme applicabili ai servizi sociali e assimilati) stabilisce che per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi ad essi assimilati nei settori ordinari, per contratti pari o superiori alle soglie europee di cui all'art.14, comma 1, lettera d), (750.000 euro), le stazioni appaltanti procedano alternativamente, mediante bando o avviso di gara (comma 1, lettera a) art.127) o mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a 24 mesi, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avviene senza ulteriore pubblicazione di avviso di indizione di gara (comma 1, lettera b) art.127).

Per gli affidamenti di che trattasi è fatto salvo quanto previsto dall'art.6 del Codice degli appalti, recante "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale - Rapporti con gli enti del terzo settore".

A tal fine, il richiamo contenuto nell'art.6 del Codice dei contratti del 2023, al Codice del Terzo Settore, di cui al Decreto legislativo n.117/2017, prevede all'art.55 e seguenti, gli istituti della co-programmazione, co-progettazione e accreditamento e convenzione con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, per l'affidamento diretto dei servizi sociali di interesse generale, ambiti questi esclusi dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica definite dal Codice dei contratti del 2023.

Nell'ambito degli strumenti alternativi, di affidamento dei "Servizi Sociali", rispetto a quelli previsti dal Codice appalti – esperibili nei casi in cui rilevi un puro e mero rimborso spese il Consiglio di Stato (2021) ha ribadito con forza la posizione già assunta con il parere n.2052/2018, concernente la "normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs 18 aprile 2016 n.50 e del d.lgs 3 luglio 2017, n.117"¹.

In tale ambito ha precisato: "il concetto di gratuità si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde la sola mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio"².

D'altra parte, dagli atti di causa è certo che "è mancato anche l'inserimento del servizio

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n.6232 – su giurisprudenzaappalti.it.

² cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n.6232.

nell'ambito della programmazione dei servizi da affidare ai soggetti del terzo settore secondo gli schemi dettati dall'art.55 del d.lgs.n.117 del 2017 (Codice del terzo settore"¹.

B) I SERVIZI ALLA PERSONA

Per quanto riguarda "I Servizi alla persona", l'art.128 del Codice disciplina i predetti servizi. Si tratta dei servizi individuati nell'allegato XIV della Direttiva 24/2014/UE, indicati al comma 2 con riferimento ai "servizi sanitari, servizi sociali connessi", "servizi di prestazioni sociali", "altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazione assicurative" (cfr, comma 2°, ar.128).

Ed ancora "l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti" (comma 3°, art.128). Inoltre, il comma 4 dell'art.128 estende ai suddetti servizi il vincolo della programmazione triennale degli acquisti di cui all'art.37, comma 3°, D.Lgs 36/2023.

Da rilevare, che le finalità di cui agli articoli 62 (aggregazioni e centralizzazione delle committenze) e 63 (qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza) "sono perseguite anche tramite forme di aggregazione previste dalla normativa di settore, con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe" (comma 5°, art.128).

Anche i predetti servizi alla persona, si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 32 (sistemi dinamici di acquisizione), art.33 (aste elettroniche) e 34 (cataloghi elettronici), all'articolo 59 (accordi quadro), e agli articoli da 71 (procedura aperta), 72 (procedura ristretta), 73 (procedura competitiva con negoziazione), 74 (dialogo competitivo), 75 (partenariato per l'innovazione), e 76 ((procedura negoziata senza pubblicazione di un bando) (cfr. comma 6°, art.128).

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 7 settembre 2021, n.6232.

Si applica alla procedura di affidamento dei predetti servizi il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (comma 7°, art.128).

Inoltre , per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si applicano i principi ed i criteri richiamati al comma 3 dell'artt.128 (qualità, continuità, accessibilità, disponibilità, completezza dei servizi ecc.).

Ed ancora, all'affidamento dei servizi alla persona di importo inferiore alle soglie europee non trova applicazione il "principio di rotazione", in quanto ritenuto contrastante con il "principio di continuità dei servizi"¹.

Sugli approdi della giurisprudenza in materia di tutela della concorrenza e competenza legislativa regionale nella gestione dei servizi sociali, si staglia quanto affermato dalla Corte Costituzionale che ha indicato nella "risoluzione della condizione di bisogno "i tratti caratterizzanti della disciplina regionale di settore"².

C) GLI APPALTI RISERVATI

Il nuovo Codice del 2023, (all'articolo 129- appalti riservati), prevede che le stazioni appaltanti hanno facoltà, con bando predisposto a norma delle disposizioni contenute nei commi 2, 3 e 4 dell'articolo 129, di riservare agli enti di cui al comma 2 del predetto articolo, il diritto di partecipare alle procedure per l'affidamento dei servizi sanitari, sociali e culturali individuati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014. Per le predette finalità gli enti sotto il profilo soggettivo devono soddisfare le seguenti condizioni: a)gli enti riservatari devono avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei predetti servizi; b) deve essere previsto un vincolo di reinvestimento dei profitti, per il conseguimento degli obiettivi statutari o, comunque, una distribuzione o redistribuzione fondata su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà degli enti

¹ cfr. Luciano GALLO - ANCI Emilia Romagna, webinar del 10 luglio 2023, su: www.anci.it.

² cfr. Corte Costituzionale, sentenze nn.287/2004, 10/2010 e 61/2011, su www.anci.it.

devono essere basate su principi partecipativi o di azionariato dei dipendenti, ovvero richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati (cfr. comma 2°, art.129).

Non opera la riserva a favore di enti che nei tre anni precedenti all'affidamento siano stati già aggiudicatari di un appalto o di una concessione per i predetti servizi (cfr. comma 3°, art.129 del Codice), e la durata massima del contratto non può superare i tre anni (comma 4°, art.129 del Codice).

Sebbene la disciplina degli "appalti riservati" sembri limitata ai quattro commi dell'art.129 (appalti riservati), va coordinata con l'art.61 (Contratti riservati). Infatti il testo dell'art.61 del D.lgs n.36/2023 prevede, oltre ad una definizione più puntuale della categoria dei contratti riservati, l'ampliamento dei soggetti svantaggiati, una nuova disciplina degli stessi, che così recita: "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione a operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati" (cfr.art.61, comma 1, D.Lgs n.36/2023).Ed ancora "un elemento di novità è l'introduzione nell'articolo 61 della previsione per cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano nei bandi, negli inviti e negli avvisi, sotto forma di requisiti necessari ovvero di requisiti premiali, meccanismi e strumenti idonei a realizzare non soltanto l'inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, ma anche le pari opportunità generazionali e di genere" (...). Ovviamente, caso per caso, dovrà essere valutato dalla stazione appaltante se, oltre alla tutela prevista per le fasce deboli e per il personale uscente, sia possibile aggiungere ulteriori riserve a favore di pari opportunità e occupazione giovanile" (62septies). Inoltre, con riferimento specifico agli appalti riservati alle cooperative sociali nel sotto soglia. A tal fine non va trascurato che "anche in vigenza della nuova normativa, nell'ambito del sotto soglia resta poi sempre utilizzabile la procedura negoziata riservata alle cooperative sociali ex art.5 della L.381/1991. L'articolo 5, comma 1, della legge n.381/1991 infatti conferisce il potere discrezionale di conferire, mediante la stipulazione di una convenzione, "la fornitura di beni

e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell’IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purchè tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate”, sempre nel rispetto “di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza”¹.

¹ cfr. Giulio DELFINO, “Contratti riservati a cooperative sociali e loro consorzi. Sopra e sotto soglia comunitaria, anche col nuovo codice”, su: progettoappalti.it.

D) I SERVIZI DI RISTORAZIONE E I SERVIZI SOSTITUTIVI DI MENSA

Il nuovo Codice ha separato le disposizioni relative all'affidamento dei servizi di ristorazione, regolate all'articolo 130, dalle disposizioni relativi ai servizi sostitutivi di mensa regolate all'articolo 131. Mentre nel precedente Codice del 2016 i due istituti erano regolati in una unica disposizione, l'art.144 del d.lgs n.50 del 2016. L'art.130 del nuovo Codice, stabilisce che i servizi di ristorazione sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, e che la valutazione dell'offerta tecnica, tiene conto, tramite l'attribuzione di un punteggio premiale: a) della qualità dei generi alimentari (omissis), b) del rispetto delle disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile (green economy), nonché dei pertinenti criteri ambientali minimi (omissis); c) della qualità della formazione degli operatori (comma 1°. Art.130).

Per quanto riguarda l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a diciotto anni di età, resta fermo l'obbligo di cui all'art.4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre 2013, n.104 convertito con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n.128, che è del seguente tenore: "...nei bandi delle gare d'appalto per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a 18 anni di età, i relativi soggetti appaltanti devono prevedere che sia garantita un'adeguata quota di prodotti agricoli, ittici e agroalimentari provenienti da sistema di filiera corta e biologica e comunque a ridotto impatto ambientale e di qualità, nonché l'attribuzione di un punteggio per le offerte di servizi e forniture rispondenti al modello nutrizionale denominato "dieta mediterranea" (omissis)" (art.4, comma 5-quater, Decreto legge n.104/2013, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2013, n.128).

Per quanto riguarda i "servizi sostitutivi di mensa", l'attività di emissione di buoni pasto ha

per scopo l'erogazione del servizio sostitutivo di mensa aziendale per il tramite di esercizi convenzionati, a mezzo di buoni pasto o di altri titoli rappresentativi di servizi " (comma 1° Art.131 del nuovo Codice).

In particolare, l'affidamento dei servizi sostitutivi di mensa è riservato a società di capitali, con capitale versato non inferiore a 750.000 euro e costituite con tale specifico oggetto sociale, il cui bilancio deve essere corredato della relazione redatta da una società di revisione iscritta nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art.2409-bis del codice civile (cfr. comma 2, art.131).

Inoltre, l'affidamento dei servizi sostitutivi di mensa avviene esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Il bando stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta pertinenti, tra cui: a) il ribasso sul valore nominale del buono pasto; b) la rete degli esercizi da convenzionare (omissis); c) lo sconto incondizionato verso gli esercenti, in misura non superiore al 5 per cento del valore nominale del buono pasto; d) i termini di pagamento agli esercizi convenzionati; e) il progetto tecnico (comma 5, art.131 del nuovo Codice).

Sul punto della refezione scolastica, della tutela della salute degli studenti e dei prodotti agricoli da utilizzare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato rilevando che "il legislatore è intervenuto più volte, a disciplinare il servizio delle mense scolastiche: ad es. con la legge 23 dicembre 1999, n.488, che all'art.59 raccomanda di utilizzare nelle mense scolastiche prodotti biologici, tipici e tradizionali e a denominazione protetta, tenendo conto delle linee guida e delle altre raccomandazioni dell'istituto nazionale della nutrizione(...); o la legge 18 agosto 2015, n.141, il cui art.6 impone alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche di procedere alla relativa gestione mediante "appalti verdi"; o l'art.13 legge 1 dicembre 2015, n.194 e l'art.10 legge 19 agosto 2016, n.166 che rispettivamente attribuiscono alle mense scolastiche un ruolo nella tutela della biodiversità di interesse agricolo e alimentare e nella lotta agli sprechi di cibo, o col promuovere, a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018, il consumo di prodotti biologici e sostenibili per l'ambiente, nell'ambito dei servizi di refezione scolastica(...). Tutte queste disposizioni, soprattutto quelle di fonte primaria, dimostrano in modo univoco che l'interesse pubblico connesso all'esercizio delle mense scolastiche trascende quello dei singoli utenti, allievi delle varie

istituzioni scolastiche che le ospitano, per interessare il più vasto ambito della salute e dell'economia nazionale"¹.

A proposito del "servizio sostitutivo di mensa", come definito nella fattispecie astratta dall'art.285 del DPR 5 ottobre 2010 n.207, abrogato dal D.lgs n.50/2016, concerne la somministrazione, tramite una rete di esercenti selezionata di un pasto completo o ridotto, fruibile esclusivamente dal dipendente(non cedibile) una volta al giorno e solo nei giorni in cui questi presta effettivamente servizio, è reso a mezzo di buoni pasto (...), a significare che nell'economia complessiva del contratto, il buono pasto è (a valle) strumentale all'erogazione del servizio e (a monte) presuppone una convenzione tra esercizi e datore di lavoro sulle modalità della somministrazione. Sicché il tipo di supporto del buono pasto, se cartaceo o elettronico, non caratterizza il servizio; né l'oggetto del contratto"².

10 - I CONTRATTI DI CONCESSIONE

Il nuovo Codice del 2023, ricostruisce intorno a questo "contratto" una nuova disciplina. In particolare, il Codice 2023, tratta della concessione nella seconda parte del libro IV dove viene declinata in : principi generali, procedure di aggiudicazione, esecuzione, finanza di progetto. Si tratta del contratto principale tra quelli partenariali. La definizione del contratto di concessione è identica a quella del D:lgs n.50/2016 ed è riportata all'Allegato I, art.2 (definizione per contratti), ovvero "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti, o in tale diritto accompagnato da un prezzo " (Allegato I, art.2, del Codice del 2023).

L'art.176 del Codice del 2023, ricomprende nella stessa disciplina le "concessioni di servizi economici d'interesse generale", e per i profili non disciplinati dal Codice, "l'applicazione del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n.201, nonché le altre norme speciali di settore"

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez.VI, sentenza 2 dicembre 2020, n.7640, su: www.eius.it.

² cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n.3281.

(cfr.art.176, comma 2à, del Codice).

In particolare, "l'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi". Dove "per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato della offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto" (comma 1, art.177 Codice 2023).

Ed ancora, "la parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile" (comma 2°, periodo 2°, artt.177 del Codice del 2023).

In particolare, "il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti. Non rilevano (infatti i) rischi connessi cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore" (comma3°, art.177).

Inoltre "i contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura" (comma 4°, periodo 1°, art.177).

Invece, "nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazioni dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario " (comma 4°, periodo 2°, art.177).

Più in particolare, "poiché la distinzione tra appalto e concessione di servizi è stata spiegata in relazione all'assetto negoziale di ripartizione dei rischi, il Codice puntualizza che, non si

applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale, sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto (omissis).La previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'ente concedente, oppure per cause di forza maggiore, non esclude che il contratto si configuri come concessione¹

Non trascurabile è il dato che "l'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L'equilibrio economico-finanziario quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio " (comma 5°, art.177).

Altro aspetto cruciale, è costituito dalla durata della concessione. Il Codice del 2023, stabilisce che "La durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario" (comma 1°, art.178).

Inoltre, "per le concessioni ultra quinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero per il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale." (comma 2°). "Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione" (comma 3° art.178).

"La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto" (comma 4°, art.178).

¹ cfr. L. Ponzzone, La nuova disciplina dei contratti pubblici, op.cit.pag.436.

Altro aspetto importante, è quello della "proroga" dei contratti di concessione. A tal fine, il Codice ha stabilito che "La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all'art.192, comma 1 (cd. revisione del contratto di concessione). In particolare, il Codice 2023 ha altresì introdotto una chiara differenziazione. Infatti, "i contratti aggiudicati senza gara di cui all'articolo186, comma 2, non sono in nessun caso prorogabili" (comma 5°, periodi 1° e 2°, art.178 del Codice del 2023).

Relativamente all' aggiudicazione delle concessioni, gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di apposito bando di concessione (cfr. comma 1, art.182). A tal fine, gli enti concedenti: a) precisano nel contratto di concessione che i beni pubblici o a destinazione pubblica eventualmente assegnati al concessionario per la gestione del servizio non possono essere utilizzati per lo svolgimento di attività economiche che non siano espressamente oggetto della procedura di affidamento; b) possono prevedere che, per l'esecuzione di una quota dei servizi accessori affidati con la medesima procedura di gara, il concessionario si avvale di operatori economici terzi.(cfr. comma 3°, art.182).

In particolare, il bando indica i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione (cfr. comma 4°, art.182), E a seconda dei casi "lo schema di contratto e il piano economico - finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore" (comma 5, periodi 1° e 2°, art.182).

Non è richiesta la pubblicazione di un bando di concessione, in deroga al comma 1, "quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico, per una delle seguenti ragioni: a) l'oggetto della concessione è la creazione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica; b) l'assenza di concorrenza per motivi tecnici; c) l'esistenza di un diritto esclusivo; d) la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi diversi da quelli definiti all'articolo 5, punto 10, della direttiva 2014/13 /UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 29014" (comma 7°, art.182 del

Codice).Ed ancora, "all'ente concedente non è richiesto di pubblicare un nuovo bando di concessione qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata (omissis), purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non sia sostanzialmente modificate; in tale caso va presentata una relazione all'Autorità di regolazione del settore" (comma 9°, art.182 del Codice 2023).Per il procedimento di aggiudicazione, si precisa che "le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dall'ente concedente purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'offerta risponde ai requisiti minimi eventualmente prescritti dall'ente concedente; b) l'offerente ottempera alle condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica richieste nel bando; c) l'offerente non è escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi degli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell'allegato X alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98" (comma 1, art.183 del Codice del 2023).

Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, il Codice prevede che "L'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione del successivo livello progettuale. Le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente" (comma 1, art.185).

In particolare, "i criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente. Essi includono tra l'altro, criteri ambientali, sociali relativi all'innovazione. Tali criteri sono accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'ente concedente verifica la conformità delle offerte ai criteri di aggiudicazione (comma 2°).L'ente concedente elenca i criteri in ordine decrescente di importanza" (comma 3° art.185).

Degno di menzione, è quanto prevede il comma 4°, dove "in deroga al comma 1 e comma 3, se l'ente concedente, riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente

concedente diligente, quest'ultimo può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione. In tale caso l'ente concedente informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte" (comma 4, art.185).

Inoltre, "prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario" (comma 5°, art.185).

Infine, si richiede che " I componenti delle commissioni di valutazione devono essere altamente qualificati e competenti. Il bando può prevedere l'oscuramento dei nomi degli operatori economici che hanno presentato l'offerta" (comma 6°, art.185 del Codice).

Una notazione a sé va riservata ai contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea.

A tal fine, "per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'art.14, comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente titolo II" (comma 1°, art.187 del Codice del 2023).

Un Ambito di rilevante interesse è quello rappresentato dalla modifica da contratti di concessione durante il periodo di efficacia.

A tal fine " le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione nei seguenti casi: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi purché riferite agli indici sintetici di cui all'art.60, comma 3, od opzioni; tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate; esse non apportano modifiche od opzioni che altererebbero la natura generale della concessione; **b)** per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario

originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, quando un cambiamento di concessionario; 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici(omissis); 2) comporti per l'ente concedente notevoli inconvenienti o una sostanziale duplicazione dei costi; **c)** negli ulteriori casi in cui siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un ente concedente diligente non ha potuto prevedere; 2) la modifica non altera la natura generale della concessione; 3) nel caso di concessioni aggiudicate dall'ente concedente allo scopo di svolgere un'attività diversa da quella di cui all'allegato II alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50 per cento del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare le disposizioni della presente parre; **d)** se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze: 1) la presenza di una clausola od opzione di revisione inequivocabile in conformità della lettera a); 2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/23/UE; 3) nel caso in cui l'ente concedentesi assuma gli obblighi di concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista della legislazione nazionale; **e)** se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali" (comma 1°, art.189). Ed ancora, "Le concessioni possono parimenti essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione se il valore della modifica è inferiore a entrambi i valori seguenti: a) la soglia di cui all'art.8 della direttiva 2014/23/UE; b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale" (comma 2, art.189 del Codice).

Non è superfluo, precisare che le modifiche di cui al periodo precedente non possono alterare la natura generale della concessione (cfr. comma 3° dell'art.189)

Parimenti fondamentale è la problematica del carattere sostanziale o meno della modifica del contratto di concessione. Una questione già affrontata per i contratti di appalto.

A tal fine. "la modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale se la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa. In ogni caso, una modifica è considerata se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d)" (comma 4, art.189 del Codice).

Un ulteriore ambito di interesse è costituito per i contratti di concessione dagli istituti della "Risoluzione" e del "recesso", contenuti nel medesimo articolo (art.190 "Risoluzione e Recesso").

Il Codice del 2023, prevede che "L'ente concedente può dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto della stessa se una o più delle seguenti condizioni si verificano: a) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione; b) il concessionario si trovava, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione; c) la Corte di giustizia dell'Unione europea, constatata, in un procedimento ai sensi dell'art.258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su lui incombenti in virtù dei trattati europei per il fatto che un ente concedente appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati europei e dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014" (comma 1, art.190 del Codice).

D'altra parte, nei casi di inadempimento, il Codice stabilisce che "La risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata

dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile” (comma 2°, periodo 1°, art.190 del Codice dei contratti del 2023). “Sul punto è appena il caso di ricordare che gli artt.1453 e 1455 CC non vengono tuttavia in rilievo quando si tratta di far valere vizi e difformità dell’opera, per i quali trova applicazione il regime speciale degli artt.1667-1669¹.

Resta inteso che “Il contratto prevede per il caso di inadempimento una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell’indennizzo” (comma 2, periodo 2°, art.190 del Codice del 2023).

Nei casi di ricorso al “Recesso”, il Codice del 2023 stabilisce che: “Se l’ente concedente recede dal contratto di concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l’opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse; c) un indennizzo a titolo di mancato guadagno compreso tra il minimo del 2 per cento ed il massimo del 5 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, in base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze, della tipologia di investimenti programmati e delle esigenze di protezione dei crediti dei soggetti finanziatori. In ogni caso i criteri per l’individuazione dell’indennizzo devono essere esplicitati in maniera inequivocabile nell’ambito del bando di gara ed indicati nel contratto (omissis)” (comma 4°, art.190). Infine, “va osservato che, opportunamente, la norma utilizza il termine recesso in luogo di “revoca” e di esercizio dei poteri di autotutela – impiegati invece nell’art.176 del Codice 2016 – in ossequio al principio consolidatosi in giurisprudenza, che vuole che nella fase contrattuale non trovi più applicazione l’istituto della ‘revoca’, poiché dopo la stipula del contratto si costituisce tra le parti un rapporto giuridico paritetico, da qualificarsi in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici².

¹ cfr. Daniele SPINELLI, Concessione, la disciplina del nuovo Codice, su Il Sole 24 Ore Speciale di maggio 2023.

² cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez.V, sentenza n.3909/2017, su: D. Spinelli, “Concessione, la disciplina del nuovo Codice, op.cit. pag.140.

11 - LA FINANZA DI PROGETTO O PROJECT FINANCING

Nel Codice del 2016 erano previsti due tipi ben strutturati di procedimento di "finanza di progetto". Il primo, con gara unica ad iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice (art.183, commi da 1 a 14, del D.Lgs n.50/2016); il secondo, ad iniziativa dei privati relativo ad opere non programmate dalle amministrazioni aggiudicatrici (art.183, comma 1, del D.lgs n.50/2016).

Nel Codice del 2023 la Finanza di progetto, è disciplinata negli articoli da 193 a 196. Il nuovo Codice ha eliminato la procedura ad iniziativa pubblica prevista dal Codice del 2016.

Infatti, l'art.193, specifica che: "Gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi. Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010 n.78, convertito con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n.122 (rectius: Stato o ente pubblico; Organismi di investimento collettivo del risparmio; Forme di previdenza complementari nonché enti di previdenza obbligatoria; Imprese di assicurazione; Intermediari bancari e finanziari ecc.)nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE)2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2015 (rectius: banche o istituti nazionali di promozione; le entità giuridiche che espletano attività finanziarie su base professionale, ecc.), possono formulare le proposte di cui al primo periodo salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o di servizi, di associarsi o consorzarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali nei siano privi. Gli investitori istituzionali in sede di gara possono, possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti: Gli investitori istituzionali possono altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia

comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta " (comma 1°, art.193 del nuovo Codice 2023).

Il concedente entro 90 giorni dalla presentazione dell'offerta deve valutare la fattibilità della medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Ed inoltre, "Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente" (comma 2°, ultimo periodo art.193 del Codice del 2023).

Ed ancora, "i concorrenti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando" (comma 5°, art.193 del Codice del 2023).

La procedura prevede che" l'ente concedente: a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; b) redige una graduatoria e nomina aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta; c) pone in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario" (comma 7)."Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione a divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta comprensive anche dei diritti sulle opere di ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2, 5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posti a base di gara. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo" (comma 8° art.193).

Di rilievo, risulta la previsione nel Codice del 2023, che "le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopo di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dagli stessi perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di

proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale" (comma 10° art.193). Parimenti, la previsione che "l'ente concedente può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'art.175, comma 1" (comma 11°, art.193).

Una forma particolare di "finanza di progetto" è quella delineata dall'art.194 del Codice del 2023, sotto la nuova denominazione di "Società di scopo", che nel Codice del 2016 era "Società di progetto" .

Infatti, "per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto prevede che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto" (comma 1°, art.194).

Inoltre "la società di scopo, senza che ciò costituisca cessione di contratto, subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa" (comma 3°, primo periodo, art.194).

Inoltre, "sotto il profilo più squisitamente civilistico la società di scopo presenta alcuni elementi di specialità rispetto al modello societario di matrice civilistica, che trovano giustificazione nella circostanza che la società è pur sempre un concessionario selezionato tramite procedura ad evidenza pubblica. Ciò si riflette innanzitutto sulla disciplina relativa ai soci. Il comma 3 dell'art.194 conferma innanzitutto una loro responsabilità solidale fino all'emissione del certificato di collaudo, per la restituzione delle somme eventualmente erogate dall'amministrazione a titolo di contributo in corso d'opera. Il vincolo di solidarietà può essere attenuato solo dalla prestazione di idonee garanzie(...). Il comma 4 completa il quadro normativo stabilendo che è, comunque, il contratto di concessione che deve stabilire la disciplina relativa alla fattispecie della sostituzione del socio che abbia i requisiti di qualificazione(...). L'art.194, comma 4, va peraltro letto innanzitutto in connessione con l'art.195 che conferma la possibilità per queste società di emettere obbligazioni (cd. Project

Bond) la cui eventuale sottoscrizione risulta opportuna anche nell'ottica del concedente, in ragione dell'audit di sostenibilità che gli investitori avranno fatto prima di sottoscrivere il prestito obbligazionario. Il comma 1, innanzitutto, stabilisce che la loro collocazione è esclusivamente riservata ad investitori istituzionali (...). Ai sensi del comma 1 la collocazione può avvenire in deroga ad alcune disposizioni del Codice civile: in primis all'art.2412 (limiti all'emissione), quindi agli articoli 2413 (riduzione del capitale) e 2414 bis (costituzione delle garanzie) commi primo e secondo, nonché agli artt. da 2415 a 2420, sempre del Codice civile)¹

Gli elementi meritevoli di attenzione riguardano alcune differenze rispetto al regime previgente. Tra queste: 1) l'articolo 193 (Procedura di affidamento) del nuovo Codice, opera una semplificazione della disciplina della finanza di progetto rispetto a quella maggiormente corposa recata dall'art.183 del Codice del 2016 ; 2) L'articolo 194 (Società di scopo) dispone che il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto prevede che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile e l'articolo 195 (obbligazioni della società di scopo) disciplina l'emissione di obbligazioni e altri titoli di debito da parte della società di scopo predetta e indica i soggetti che li possono sottoscrivere

Il punto della giurisprudenza in merito a tale istituto (Finanza di progetto), ci è dato dalla recente sentenza del 27 ottobre 2023, sebbene riferita al precedente regime, che ha precisato che nella procedura di project financing occorre distinguere tre fasi: la prima fase, risulta connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, bensì all'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore inerente alla presentazione della proposta di finanza di progetto, in cui si esprime la valutazione dell'interesse pubblico, di competenza dell'organo di governo; la seconda fase è caratterizzata dall'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale. Con sottoposizione ed approvazione del "progetto preliminare", (rectius: oggi del "progetto di fattibilità" ex art.193, comma 2°,D.Lgs 36/2023), rimessa alla competenza del consiglio; la terza fase, prevede l'indizione di una gara sul "progetto

¹ cfr. Daniele SPINELLI, La Nuova finanza di progetto, su Il Codice Appalti, Speciale de Il Sole 24 Ore, pag.133.

approvato” (rectius: “sul progetto di fattibilità” ex art.193,comma 3°,Dlgs n.36/2023), rimessa alla competenza della dirigenza e soggetta, come tale,, ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica¹ (65bis).

12 - IL CONTRATTO DI LOCAZIONE FINANZIARIA (LEASING)

L’articolo 196 del nuovo Codice del 2023, disciplina il contratto di Locazione finanziaria o di leasing.

A tal fine, “per finanziarie la realizzazione, l’ acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (leasing)” (comma 1, art.196). Ciò consente di realizzare lavori pubblici avvalendosi della sinergia tra un soggetto costruttore e un soggetto finanziatore. In sostanza, “la società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori” (comma 2°, art.196).

Inoltre, “se lo schema di contatto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell’articolo 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, norme sulle concessioni e sugli altri contatti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori” (comma 3°, art.196). Inoltre, per l’aggiudicazione del contatto di locazione finanziaria “l’ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario. L’aggiudicatario predispone i successivi livelli progettuali ed esegue l’opera” (comma 4°. Art.196). Nei casi di offerente in raggruppamenti temporanei di imprese “costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto. Il soggetto finanziatore può presentare l’offerta anche singolarmente, ricorrendo in tal caso all’avvalimento del soggetto realizzatore “ (comma 5°, art.196 del Codice del 2023).

Ed ancora, “l’opera oggetto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica ai fini

¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n.9298, su: www.giustizia-amministrativa.it.

urbanistici, edilizi ed espropriativi a condizione che, nel contratto medesimo, sia stabilito che al termine del periodo di locazione il committente è obbligato al riscatto. L'ente concedente può concedere il diritto di superficie sull'area pubblica dove realizzare l'opera" (comma 8°, art.196 del Codice).

Infine, ed aspetto questo non secondario, è la previsione che: "l'opera può essere realizzata su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario. Si applica, anche in tal caso, il primo periodo del comma 8" (comma 9, art.196 Codice del 2023).

Interessante il punto della giurisprudenza comunitaria, in materia di "neutralità fiscale" delle operazioni di leasing immobiliare, la quale ha affermato che "il principio di neutralità fiscale deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che, da un lato, una prestazione di leasing relativa a beni immobili e, dall'altro, la cessione di tali beni immobili a un terzo (rispetto al contratto di leasing), formino oggetto di una distinta imposizione ai fini della imposta sul valore aggiunto, nei limiti in cui tali operazioni non possono essere considerate come una prestazione unica, il che deve essere valutato dal giudice del rinvio"¹.

Ed infine, "l'utilizzazione del contratto di leasing per la realizzazione di un'opera pubblica di particolare rilievo sociale, deve essere inserita nell'ambito del programma pluriennale dei lavori pubblici che il comune intende realizzare non essendo sufficiente una mera delibera a contrarre che valuti la convenienza economica in modo del tutto avulso dal contesto programmatico delineato dall'amministrazione(...); e che non può disconoscersi che l'operazione di leasing finanziario immobiliare costituisca una forma di indebitamento dell'ente pubblico ulteriore rispetto a quelle indicate dall'art.3, comma 17 della legge 350/2003, che deve essere conseguentemente orientata ai fini di cui all'art.119, sesto comma, della Costituzione, ovvero tesa a finanziare operazioni di investimento quali quelle ricomprese nell'art.3 comma 18 lett.a),b),c),e),i) della legge 350/2003 (...)"².

13 - IL CONTRATTO DI DISPONIBILITA'

¹ cfr. Corte di Giustizia Europea, sez.II, 2 luglio 2015, n.209/14, su Il Codice dei contratti pubblici commentato, di Cutajer e Massari, Maggioli Editore, 2017, pag.1138.

² cfr. Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Deliberazione 13 novembre 2008, n.87, su: www.bosettiegatti.eu.

Rispetto al contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche, questo istituto per la procedura di affidamento come anche per la fase esecutiva dispone di una disciplina molto articolata.

Il nuovo Codice dei contratti del 2023, afferma che il contratto di disponibilità, è "il contratto col quale un operatore economico si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera, destinata all'esercizio di un pubblico servizio. L'operatore economico garantisce il migliore godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti. Il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà all'amministrazione dell'opera, verso il pagamento di un corrispettivo ulteriore" (art.2, lettera i) dell'allegato I.1, al Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs n.36/2023).

E' l'art. 197 del nuovo Codice che disciplina dettagliatamente il "contratto di disponibilità", riconoscendo che "Le parti determinano il contenuto del contratto di disponibilità nei limiti imposti dalle disposizioni di cui al presente articolo, tenendo conto dei bandi - tipo e dei contratti - tipo redatti dall'Autorità di regolazione del settore" (comma 1°, art.197 del Codice).

In particolare, "il corrispettivo del contratto di disponibilità si compone di un canone di disponibilità, commisurato all'effettivo periodo per il quale l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera, sempre che il mancato o ridotto godimento non rientri nel rischio a carico dell'ente concedente ai sensi del comma 4" (comma 2°, art.197 del nuovo Codice).

Nei casi di trasferimento della proprietà dell'opera all'ente concedente "il corrispettivo si compone anche: a) di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera; b) di un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo dell'opera e tenendo conto dell'importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d'opera" (comma 3°, art.197 del Codice).

Inoltre, salvo diversi accordi tra le parti, il rischio del mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni oppure di ogni altro atto amministrativo incidente sul compimento o sulla

gestione tecnica dell'opera è a carico dell'ente concedente (cfr. comma 4°, art.197 del Codice). Mentre "il rischio del mancato o ritardato rilascio di atti di approvazione, da parte di autorità diverse dall'ente concedente, attinenti alla progettazione e alle eventuali varianti in corso d'opera è a carico dell'operatore economico" (comma 5, art.197 del Codice). Oltre ai diritti ed agli obblighi pattuiti nel contratto tra le parti, l'Ente concedente può anche attribuire all'operatore economico la qualità di autorità espropriante, ai sensi dell'art.3 del DPR 8 giugno 2021, n.327, "con il potere di espropriare e di curare il relativo procedimento" (comma 8°, art.197 del Codice).

Inoltre, "L'ente concedente redige, unitamente al bando o all'avviso (...), un capitolato che indica le caratteristiche specifiche dell'opera, i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo, e i modi i prestazione di garanzie e cauzioni (...)" (comma 9°, art.197 del Codice).

ED ancora, "il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte" (comma 10°, art.197 del Codice). Il contratto di disponibilità, che può essere sottoscritto solo dall'operatore economico in possesso dei requisiti generali di qualificazione e di partecipazione alle procedure di affidamento (cfr. comma 11°, art.197), determina i casi e i modi di modificazione del contratto (cfr. comma 13, art.197 del Codice).

In merito al "contratto di disponibilità", è utile quanto rilevato dalla giurisprudenza contabile a seguito dell'introduzione dell'istituto nel Codice dei contratti del 2006, affermando che "tale nuovo istituto è di particolare utilità per gli enti locali perché rappresenta una nuova modalità a favore delle pubbliche amministrazioni di utilizzo delle risorse private per la realizzazione di opere di pubblica utilità (la cui realizzazione è sempre più compromessa dalla progressiva e continua diminuzione delle risorse)"¹.

14 - I CONTRATTI DI PARTENARIATO SOCIALE

I contratti di partenariato sociale sono quelli che possono esser posti in essere dagli

¹ cfr. Corte dei Conti Puglia, Parere n.66/PAR/2012; Corte dei Conti Lombardia, Parere n.439/2012/PAR; Corte dei Conti Emilia Romagna, Parere n.432/2012, Annotazione di Maria BOTTIGLIERI, su: digspes.uniipo.it,

enti concedenti, con atto generale e tenuto conto di bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'Autorità di regolazione del settore, ed aventi ad oggetto una o più delle prestazioni seguenti:

a) gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi. In questi casi sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione; i cittadini costituiti in consorzio possono altresì beneficiare di incentivi fiscali; b) gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero i aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati di cittadini, singoli o associati; c) compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, e a spese di questi ultimi; con l'esecuzione delle opere esente da oneri fiscali e amministrativi, salvo la imposta sul valore aggiunto (cfr. comma 1, art.201 del Codice). Sotto il profilo soggettivo, "possono concludere i contratti di partenariato sociale microimprese, piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1" (comma 3, art.201 del Codice).

In punto ai predetti contratti di "partenariato sociale", già "interventi di "sussidiarietà orizzontale " (art.189 del Codice del 2016), o il Consiglio di Stato (2009), si è espresso in modo rigido nel determinare i confini tra attività di interesse generale e funzioni pubbliche, nell'ambito di un caso di specie - piuttosto peculiare - che riguardava il "conferimento da parte di un'Amministrazione comunale ad una parrocchia di un terreno di proprietà pubblica e mediante atto di donazione. Orbene, il Consiglio di Stato, nell'individuare l'interesse pubblico necessario ai fini dell'assunzione dell'atto di liberalità, ha sostenuto che questo non potesse coincidere con una sorta di favore verso le finalità perseguite dall'ente ecclesiastico: con riguardo alla nozione di interesse pubblico affermando che " (...) per tale deve intendersi il valore canonizzato in una norma ed individuato in modo tale da orientare l'intera fattispecie e, per l'effetto, il comportamento dei pubblici soggetti: in un determinato momento storico l'ordinamento annette a un valore un primario rilievo così da imprimere

all'agire dei pubblici operatori un modulo comportamentale che non prescinde dal valore medesimo e deve, anzi, curarne la migliore realizzazione nel singolo contesto"¹.

¹ cfr. Aprile 2023 - Il principio di sussidiarietà orizzontale e la giurisprudenza, a cura della Fondazione De Iure Pubblico, su: www.deiurepubblico.it.

15 - CESSIONE DI IMMOBILI IN CAMBIO DI OPERE

Si tratta di un istituto importante in quanto consente alle Amministrazioni pubbliche, con disponibilità di beni immobili dismessi o non più destinati a scopi di interesse generale, di rappresentare il corrispettivo a carico dell'ente pubblico in cambio di opere o lavori per finalità pubbliche.

La nuova disciplina del contratto di "cessione di immobili in cambio di opere", contenuta nell'articolo 202 del nuovo Codice del 2023, risulta meno dettagliata della disciplina dello stesso istituto, contenuta nel Codice del 2016 (art.191 del D.Lgs n.50 del 2016, come modificato dall'art.112 comma 1, del D.Lgs n.56 del 2017).

L'art.202 del nuovo Codice del 2023, stabilisce che "il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi tipo e dei contratti tipo predisposti dall'ANAC può prevedere: a) a titolo di corrispettivo, totale o parziale e sulla base del loro valore di mercato, il trasferimento all'operatore economico, quando questi vi abbia interesse, a terzi da lui indicati, in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, della proprietà di beni immobili dell'ente concedente, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di pre-informazione per i servizi e le forniture, non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale; b) il trasferimento della proprietà in un momento anteriore a quello della fine dei lavori, previa garanzia fideiussoria pari al valore dell'immobile, da prestarsi nei modi previsti dal codice per la partecipazione alle procedure di affidamento; la fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva" (comma 1°, art.202 Codice del 2023).

Rispetto al Codice del 2016 (D.lgs n.50/2016), manca la previsione che "Possono formare oggetto di trasferimento anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione, purché prima della pubblicazione del bando o avviso per l'alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo" (comma 2°, art.191 del Codice del 2016).

Inoltre, manca nel testo vigente ogni riferimento al RUP per la determinazione del valore dei beni immobili da trasferire, che è presente nel testo del 2016, allo scopo introdotto dall'art.112, comma 1, lett.b) del D.Lgs 19 aprile 2017, n.56 .

Non è più richiesta una "motivata valutazione dell'Amministrazione" sul non assolvimento

di "funzioni di pubblico interesse" del bene immobile oggetto di cessione (comma 1°, art.191 del previgente Codice), il nuovo Codice chiede che siano "non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale" (comma1, lettera a), art.202 D:lgs n.36/2023).

Viene riconosciuta ampia autonomia all'Ente procedente, in sede di redazione del bando di gara, anche tenendo conto dei bandi -tipo e dei contratti-tipo predisposti per tale istituto dall'ANAC (comma 1°.primo periodo, art.202 del D.Lgs n.36/2023)..

Infine, completa il quadro normativo appena delineato, quanto statuito dalla giurisprudenza con riguardo ad eventuali conguagli in denaro, scaturenti dall'analogia disposizione di cui all'art.53, comma 6 del D.lgs n.163/2006 (Codice degli appalti del 2006). Infatti, secondo il TAR Marche : "non emergono ragioni logiche per escludere un eventuale conguaglio in denaro anche in favore dell'amministrazione, quando tale conguaglio è comunque previsto in favore dell'appaltatore nel caso di beni con valore inferiore al corrispettivo di contratto¹.

16 - L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI GLOBALI

I "Servizi Globali" sono: "il complesso delle prestazioni eterogenee, necessarie per il compimento, la gestione, la manutenzione, il finanziamento di un'opera o di un servizio, e funzionali al miglior perseguimento del risultato amministrativo, anche in termini di efficienza e qualità, di cui è garante l'operatore economico" (Allegato I.1, art.3, comma 1, lettera aa)).

L'affidamento dei servizi globali si realizza, secondo il nuovo Codice (art.203), mediante la conclusione di contratti, anche diversi da quelli disciplinati dalla parte VI del Codice, con cui l'operatore economico è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche dedotte in obbligazione in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerli.

In particolare, i contratti di affidamento di servizi globali possono essere sottoscritti solo da un operatore economico in possesso della specifica qualificazione prevista dall'articolo 207

¹ cfr.TAR Marche, sez.I, 5 marzo 2016 n.148- su Il Codice dei contratti Pubblici commentato, di Ornella Cutaiar e Alessandro Massari, Maggioli Editore, giugno 2017 pag.1151.

(sistema di qualificazione del contraente generale), nonché dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento (cfr. comma 2°, art.203).

Ed ancora, sono le parti che determinano il contenuto dei contratti predetti nei limiti imposti dalla parte VI del Codice, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC (cfr. comma 3°, art.203 del Codice).

In concreto, "l'affidamento dei servizi globali al contraente generale si realizza mediante la conclusione di un contratto che obbliga l'operatore economico a compiere un'opera e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio in cambio di un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese" (comma 1, periodo primo, art.204).

In particolare, "l'affidamento al contraente generale è deciso dall'ente concedente tenendo conto della complessità e della eterogeneità delle prestazioni richieste e della esigenza di perseguire un risultato amministrativo di elevata qualità ed efficacia, e sempre che l'importo dell'affidamento non sia inferiore a 100 milioni" (comma 1°, periodo secondo, art.204 del nuovo Codice).

Per quanto riguarda, inoltre, la procedura di aggiudicazione del contraente generale, il Codice ripropone sostanzialmente le precedenti disposizioni del Codice previgente del 2016 (artt.195 e 198).

A tal fine, "il bando individua il progetto di fattibilità tecnico-economica, in relazione alle caratteristiche e alla complessità dell'opera e del risultato da perseguire, il numero minimo e massimo di concorrenti invitati, assicurando in ogni caso una effettiva concorrenza (...)" (comma 1°, art.205).

Inoltre, "l'aggiudicazione avviene secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata, oltre che in base ai criteri ordinari di aggiudicazione degli appalti, tenendo conto in particolare: a) del valore tecnico ed estetico delle varianti; b) dell'incremento di valore del prefinanziamento, rispetto a quello indicato nel bando, offerto dal concorrente; c) di ogni altro elemento idoneo al miglior perseguimento del risultato amministrativo dedotto nel contratto" (comma 2°, art.205).

Infine, “ gli affidamenti degli enti concedenti operanti nei settori speciali sono disciplinati, oltre che dalle disposizioni della presente Parte, dalle relative norme del Libro III” (comma 6°, art.205 del Codice del 2023).

Il Punto della giurisprudenza amministrativa sull’istituto del “global service”, sebbene datata, è “che detto istituto è a forte rischio di lesione dei principi della concorrenza (cfr. Corte dei Conti, Reg. Lombardia, sezione giurisdizionale, 30 settembre 2009, n.598), con la conseguenza che la scelta di tale tipologia contrattuale, pur attenendo alla sfera delle scelte discrezionali dell’Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n.1331) rende indispensabile specificare con esattezza negli atti di gara l’ammontare delle singole prestazioni e la loro incidenza percentuale delle diverse categorie rispetto all’importo complessivo del contratto”¹.

17 - I LAVORI E LE PROCEDURE DI SOMMA URGENZA

Un ambito di particolare importanza è costituito dai lavori di somma urgenza e/o degli interventi di protezione civile. Trattasi di una materia con una casistica molto ricorrente, allorché gli Enti pubblici, e soprattutto i Comuni, debbono eseguire lavori ed opere con estrema urgenza, a fronte di eventi straordinari di norma meteorici o calamitosi, e che risulta oggetto di frequenti contenziosi.

Si tratta di esaminare la disciplina degli affidamenti di somma urgenza e di protezione civile che nel nuovo Codice degli appalti del 2023, è contenuta nell’art.140, dove sono riportate diverse norme derogatorie del Codice, in relazione all’eccezionalità e specificità delle situazioni di urgenza considerate, che richiedono alle amministrazioni competenti interventi immediati al fine prevenire o contenere un danno improvviso a persone e cose.

E’ appena il caso di precisare che l’attuale procedura di urgenza è stata estesa anche agli interventi di protezione civile di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1 (Codice della protezione civile).

A tal fine, “in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, al verificarsi

¹ cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2016, n.276, su: www.meiappalti.it.

di eventi di danno o di pericolo imprevisi o imprevedibili idonei a determinare un concreto pregiudizio alla pubblica e privata incolumità, ovvero nella ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi, chi fra il RUP o altro tecnico dell'amministrazione competente si reca prima sul luogo può disporre la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 500.000 o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità " (comma 1, primo periodo, art.140).

Ed inoltre, "ricorrendo i medesimi presupposti, il soggetto (RUP o altro tecnico dell'amministrazione competente) può disporre l'immediata acquisizione di servizi o forniture entro il limite di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità e, comunque, nei limiti della soglia europea" (comma 1°, periodo 2°, art.140).

Una prima notazione del comma 1 dell'art.140, attiene alla deroga alla regola ordinaria sul procedimento amministrativo di cui all'art.4 della legge 241/1990, permettendo anche ad un soggetto diverso dal RUP, dotato di competenze tecniche adeguate, di dare avvio all'affidamento dei lavori, come prevede il comma2, dell'art.140 (comma 2°, art.140 del nuovo Codice).

Una seconda notazione riguarda l'innalzamento dei limiti di importo per gli affidamenti di urgenza, rispetto al precedente Codice, sia per i lavori (da 200.000 a 500.000 euro)che per le forniture e i servizi da 40.000 a 140.000 euro)(cfr. comma 1. Art.140).

Ai fini pratici, "il soggetto che dispone (...) l'immediata esecuzione di lavori o l'immediata acquisizione di servizi o forniture redige, contemporaneamente, un verbale in cui sono indicati la descrizione della circostanza di somma urgenza, le cause che l'hanno provocata e i lavori, i servizi e le forniture da porre in essere per rimuoverla" (comma 1°, periodo 3°, art.140).

Ed ancora, "l'esecuzione dei lavori e l'acquisizione dei servizi e delle forniture di somma urgenza può essere affidata in forma diretta e in deroga alle procedure di cui agli articoli 37 e 41 del Codice a uno o più operatori economici individuati dal RUP o da altro tecnico dell'amministrazione competente" (comma 2, art.140).

Per quanto riguarda il pagamento delle prestazioni, il nuovo Codice stabilisce che "il corrispettivo delle prestazioni ordinate è definito consensualmente con l'affidatario; in difetto

di preventivo accordo il RUP può ingiungere all'affidatario l'esecuzione di forniture, servizi o lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento, ridotti del 20 per cento" (comma 3°, periodo 1°, art.140).

In particolare, "i prezzi di cui al primo periodo, se relativi all'esecuzione di lavori, sono comunque ammessi nella contabilità e, se relativi all'acquisizione di forniture e servizi, sono allegati al verbale e sottoscritti dall'operatore economico; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati" (comma 3, periodo 2°, art.140).

Una notazione va riservata alla importanza che riveste il rispetto della tempistica degli adempimenti richiesti all'Ente dal Codice.

A tal fine, "il RUP o altro tecnico dell'amministrazione competente compila una perizia giustificativa delle prestazioni richieste entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione della prestazione affidata. Qualora l'amministrazione competente sia un ente locale, la copertura della spesa è assicurata con le modalità previste dagli articoli 191, comma 3, e 194 comma 1, lettera e), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267" (comma 4, art.140 del Codice).

La disposizione che precede, e che interessa soprattutto gli interventi di competenza degli enti locali territoriali, è da ritenersi cruciale al fine di assicurare la correttezza e legittimità di tali procedure derogatorie rispetto alle procedure ordinarie, in relazione alla "somma urgenza" che le caratterizza.

Infatti, l'art.191, comma 3 del D.lgs n.267/200 - espressamente richiamato unitamente all'art.194, comma 1, lettera e) - impone ai responsabili (RUP) che "Per i lavori pubblici di somma urgenza, cagionati dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile, la Giunta, entro 20 giorni dall'ordinazione fatta a terzi, su proposta del responsabile del procedimento, sottopone al Consiglio il provvedimento di riconoscimento della spesa con le modalità previste dall'art.194, comma 1, lettera e), prevedendo la relativa copertura finanziaria nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità. Il provvedimento di riconoscimento è adottato entro 30

giorni dalla data di deliberazione della proposta da parte della Giunta, e comunque entro il 31 dicembre dell'anno in corso se a tale data non sia scaduto il predetto termine. La comunicazione al terzo interessato è data contestualmente all'adozione della deliberazione consiliare".

Ed ancora, "qualora un servizio, una fornitura, un'opera o un lavoro, ordinato per motivi di somma urgenza, non ottenga l'approvazione del competente organo dell'amministrazione, la relativa esecuzione è sospesa immediatamente e si procede, previa messa in sicurezza del cantiere in caso di lavori, alla sospensione della prestazione e alla liquidazione dei corrispettivi dovuti per la parte realizzata" (comma 5°, art.140) . Ed ancora, il comma 4 del predetto articolo 191 del TUEL, prevede che "Nel caso in cui vi è stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione dell'obbligo indicato nei commi 1, 2 e **3**, il rapporto obbligatorio intercorre ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'art.194, comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l'amministratore finanziario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni"¹.

Un richiamo alla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia è d'obbligo. Infatti, "alle vicende che si sono sviluppate successivamente all'entrata in vigore dell'art.23, comma 4, del D.L. 2 marzo 1989, n.66 (convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 1989, n.144 del 1989; oggi la previsione è contenuta nell'art.191, comma 4, del D.lgs. 18 agosto 2000, n.267), in tema di assunzioni di obbligazioni da parte degli enti locali, qualora le obbligazioni contratte non rientrino nello schema procedimentale di spesa, insorge un rapporto obbligatorio direttamente con l'amministratore o il funzionario che abbia consentito la prestazione, con la conseguenza che resta esclusa per difetto del requisito della sussidiarietà, l'azione di indebito arricchimento nei confronti dell'ente, il quale può, comunque, riconoscere a posteriori il debito fuori bilancio, ai sensi dell'art.194 del D.Lgs n.267 del 2000, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente stesso"².

L'articolo in parola include, come già nel Codice previgente, gli interventi di protezione civile

¹ comma 4, art.191 Testo Unico Ordinamento Enti Locali ex D.lgs n.267/2000.

² ex multis: Corte di Cassazione, Sezione I - Ordinanza 16 maggio 2018 n.12014; Corte di Cassazione, Sezione I, 9 dicembre 2015 n.24860.

di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1 (Codice della Protezione civile).

A tal fine, "costituisce circostanza di somma urgenza, ai fini del presente articolo, anche il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 7 del Codice della Protezione civile, di cui al D.Lgs n.1 del 2018, ovvero la ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili, nei limiti dello stretto necessario. La circostanza di somma urgenza, in tali casi, è ritenuta persistente finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento, e comunque per un termine non superiore a 15 giorni dall'insorgere dell'evento, oppure entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 24 del codice di cui al decreto legislativo n.1 del 2018; in tali circostanze ed entro i medesimi limiti temporali le stazioni appaltanti possono affidare appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste dal presente articolo" (comma 6°, art.140 del Codice dei contratti del 2023)

Altro aspetto non trascurabile in materia di lavori ecc. di somma urgenza, da considerare è che : "limitatamente agli appalti pubblici di forniture e servizi di cui al comma 6, di importo pari o superiore a 140.000 euro, per i quali non siano disponibili elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento, quando i tempi resi necessari dalla circostanza di somma urgenza non consentano il ricorso alle procedure ordinarie, gli affidatari si impegnano a fornire i servizi e le forniture richiesti ad un prezzo provvisorio stabilito consensualmente tra le parti e ad accettare la determinazione definitiva del prezzo a seguito di apposita valutazione di congruità" (comma 9°, art.140 del Codice).

Sotto il profilo della pubblicità, trasparenza e controlli degli interventi, il Codice del 2023 ha stabilito che : "Sul sito istituzionale dell'ente sono pubblicati gli atti relativi agli affidamenti di cui al presente articolo, con specifica indicazione dell'affidatario, delle modalità della scelta e delle motivazioni che non hanno consentito il ricorso alle procedure ordinarie. Contestualmente e comunque in un termine congruo compatibile con la gestione della situazione di emergenza, sono trasmessi all'ANAC per i controlli di competenza, fermi restando i controlli di legittimità sugli atti previsti dalle vigenti normative" (comma10°, art.140 del Codice).

Più specificatamente per l'area degli interventi di "protezione civile" il Codice ha stabilito che

: "In occasione degli eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell'art.24 del Codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1, ferma restando la facoltà di prevedere ulteriori misure derogatorie consentite nell'ambito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'art.25 del medesimo codice legislativo n.1 del 2018, gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi possono essere affidati in deroga alle seguenti disposizioni del presente codice : (omissis)" (comma 11°, art.140 del Codice dei Contratti).

Ed ancora, il Codice del 2023 ha stabilito che: "Fermo quanto previsto dal presente articolo per gli appalti affidati in somma urgenza, in occasione degli eventi emergenziali di cui all'articolo 7 comma 1, lettere b) e c) del codice di cui al decreto legislativo n.1 del 2018, per i quali è stato dichiarato lo stato di emergenza regionale o nazionale ai sensi dell'art.24 del predetto codice, ovvero nella ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi, anche in mancanza del provvedimento di cui all'articolo 23 del predetto codice: a) gli importi di cui all'articolo 50, comma 1, del presente codice sono raddoppiati,, nei limiti delle soglie di cui all'articolo 14 (omissis); b) il termine temporale di cui al comma 4 del presente articolo è stabilito in trenta giorni; c) l'amministrazione competente identificata nel soggetto attuatore, di cui al comma 6 dell'articolo 25 del codice di cui al decreto legislativo n.1 del 2018" (comma 12°, art.140 del Codice del 2023).

18 - APPALTI PARTICOLARI NEI SETTORI SPECIALI:IL SETTORE IDRICO

Il nuovo Codice (D.lgs n.36/2023, libro III-parte I) contiene tutta la disciplina relativa ai Settori Speciali. Si tratta dei settori del gas d energia termica (art.146), dell'elettricità (art.147), dell'acqua (art.148), dei trasporti (art.149), dei porti e degli aeroporti (art.150), dei servizi postali (art.151), dell'estrazione di gas, di carbone e di altri combustibili solidi (art.152).

Poiché risultano evidenti le peculiarità dei predetti appalti, "l'obiettivo perseguito dal legislatore eurounitario con l'introduzione di una disciplina specifica per i settori speciali è quello di realizzare la massima apertura alla concorrenza e l'effettiva liberalizzazione dei relativi mercati, nel rispetto dei principi di mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza (v.2° considerando della Direttiva 2014/25/UE)¹.

A tal proposito, "Il limitato interesse suscitato da questa parte del Codice risulta difficile da comprendere se solo si considera che, nel corso del 2021, il valore complessivo degli appalti aggiudicati nell'ambito dei cosiddetti *settori speciali* ammonta a oltre 45 miliardi di euro (dati ANAC, relazione al parlamento 2021) e che, nel solo 2020, le imprese italiane operante nel settore delle utility hanno realizzato un fatturato complessivo pari a 87, 7 miliardi (...), rappresentando il 5, 3% dl valore del PIL italiano (Rapporto Top Utility 2022) (...). D'altra parte il legislatore italiano del 2023 ha scelto ancora una volta (come già aveva fatto nel 2006 e nel 2016) di non utilizzare fino in fondo tutte le possibilità di flessibilizzazione e di autonomizzazione che le amplissime previsioni della direttiva settori speciali numero 2014/25/UE pure avrebbero consentito (si pensi alla possibilità – che il legislatore del 2023 – di introdurre nei settori speciali una disciplina sui requisiti soggettivi e di moralità del tutto autonoma rispetto proprio a quella dei settori ordinari)"².

L'art.141 del nuovo Codice delimita l'ambito soggettivo e le norme applicabili ai settori speciali. I soggetti interessati sono: i) le stazioni appaltanti; ii)gli enti concedenti; iii) i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi; iv)le imprese pubbliche³.

¹ cfr. Lorenza PONZONE, La nuova disciplina dei contratti pubblici, op.cit. pag.417.

² cfr. Giancarlo MONTEDORO, "Nei settori speciali vince ancora la scelta dell'autonomia", su Il Sole 24 Ore del 7 novembre 2023, pag.47.

³ cfr. Direttiva 2014/25/UE)(comma 1, art.141.

Ai contratti di che trattasi si applicano le disposizioni analiticamente riportate al comma 3°, dalla lettera a) alla lettera i), dell'art.141.

Mentre "le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi hanno facoltà di adottare propri atti, con i quali possono in via preventiva: a) istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici; b) prevedere una disciplina di adattamento delle funzioni del RUP alla propria organizzazione; c) specificare la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme di diritto dell'Unione europea" (comma 4°, art.141).

Ed ancora, l'art.142 prevede una esenzione generale dalla applicazione del Codice relativamente agli affidamenti: "da una joint venture, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere una o più delle attività di cui agli articoli da 146 a 152 e all'Allegato II alla direttiva 2014/23/UE (omissis), a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti; b) da una stazione appaltante o ente concedente alla joint venture di cui fa parte" (comma 1°, art.141). "Le disposizioni del codice non si applicano, altresì, se ricorrono le condizioni di cui al comma 4, ai contratti aggiudicati: a) da una stazione appaltante o ente concedente a un'impresa collegata; b) da una joint venture, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere le attività di cui agli articoli da 146 a 152 a un'impresa collegata a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti" (comma 2° art.142).

Dopo la presentazione sommaria delle disposizioni generali, inerenti l'appalto nei settori speciali, ci soffermiamo ad approfondire gli affidamenti relativi al solo settore dell'Acqua, attesa l'attenzione già riservata nel testo ai grandi impianti idrici.

A tal fine, l'art.148 del Codice, prevede che "l'affidamento dei contratti inerenti al settore idrico è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività: a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; b) di alimentazione di tali reti con acqua potabile, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio" (comma 1°, art.148 del Codice).

Inoltre, "l'alimentazione, con acqua potabile, di reti fisse che forniscono un servizio al

pubblico da parte di un'impresa pubblica o un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi non è considerata un'attività di cui al comma 1 se concorrono le seguenti condizioni: a) la produzione di acqua potabile avviene perché il suo consumo è necessario all'esercizio di un'attività non prevista dagli articoli da 146 a 149; b) l'alimentazione della rete pubblica dipende solo dal consumo proprio dell'ente e non supera il 30 per cento della sua produzione totale, considerando la media dell'ultimo triennio, comprensivo dell'anno in corso" (comma 2°, art.148).

Inoltre, "si applicano le disposizioni del Codice agli appalti o ai concorsi di progettazione attribuiti od organizzati da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitano un'attività di cui al comma 1 quando riguardino: a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio, il cui volume d'acqua destinato all'alimentazione con acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale reso disponibile da tali progetti o impianti; b) smaltimento o trattamento delle acque reflue" (comma 3°, art.148).

E ancora, "sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni del Codice gli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitino una o entrambe le attività di cui al comma 1" (comma 4°, art.148).

Sono escluse anche "le concessioni aggiudicate per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile oppure per alimentare tali reti con acqua potabile" (comma 5°, art.148).

Sono escluse, infine, "le concessioni che siano collegate a una delle attività del comma 5 e riguardino: a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento di acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti; b) smaltimento o trattamento delle acque reflue" (comma 6°, art.148).

Ed infine, meritevole di richiamo è quanto dispone il Codice all'art.143, che sancisce l'inapplicabilità dell'intero Codice per svolgere un'attività di cui agli articoli da 146 a 152, se l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili (cfr. comma 1°, periodo primo, art.143 del Codice).

19 - IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Si tratta di un istituto, temporaneamente introdotto dagli articoli 4 e 5 del D.L. 16 luglio 2020, n.76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n.120.

E' stato confermato dal Codice del 2023, di cui al D.Lgs n.36/2023, agli articoli dal 215 a l 219, quale rimedio generale per dirimere ab origine i possibili contenziosi tra committente e appaltatore. E' rimessa all'autonomia delle parti decidere se attribuire alle decisioni del Collegio consultivo tecnico una funzione soltanto consultiva o se invece costitutiva di diritti e obblighi in capo alle parti¹.

Infatti, "Il collegio consultivo tecnico esprime pareri o, in assenza di una espressa volontà contraria, adotta determinazioni aventi natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile. Se la pronuncia assume valore di lodo contrattuale, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte" (comma 2°, art.215).

Inoltre, "l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa" (comma 3°, art.215).

In ordine alla obbligatorietà o meno dei pareri del Collegio consultivo tecnico, il Codice del 2023 stabilisce che l'acquisizione del parere "è obbligatoria nei casi di sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14, nonché nei casi dei contratti relativi a servizi e forniture (*pari o superiore a 1 milione di euro*) di cui all'articolo 121, comma 11, secondo periodo" (comma 1, art.216).

Inoltre, "se per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato, prima di risolvere il contratto la stazione appaltante acquisisce il parere del collegio consultivo tecnico, anche in ordine alla possibilità che gravi motivi tecnici ed economici rendano preferibile la prosecuzione con il medesimo soggetto (comma 2°, art.216). Nel

¹ cfr. L. Ponzzone, op.cit. pag.447.

parere obbligatorio del Collegio, tra le diverse facoltà riconosciutegli, da evidenziarsi perché di particolare utilità in diversi casi, quella "se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n.32, convertito con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n.55" (comma 3°, lettera d), art.216).

Ed ancora, "quando la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori oppure della causa che potrebbe determinarla, il collegio consultivo tecnico accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui ai commi 2 e 3, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. In tale caso la pronuncia assume l'efficacia di Lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa (...)" (comma 4°, art.216).

Negli altri casi, "quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del cpc se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto"; inoltre "la possibilità che la pronuncia del CCT assuma natura di lodo contrattuale è esclusa nei casi in cui è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori" (comma 1°, periodi primo e secondo, art.217).

Se le parti, inoltre, escludono che la pronuncia predetta possa valere come lodo contrattuale il parere, anche se facoltativo configura *grave inadempimento contrattuale cfr.(comma 2°, art.217)*.

Per i lavori ecc., al di sotto delle soglie comunitarie, comunque, "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono costituire, secondo le modalità di cui all'allegato V.2, un collegio consultivo tecnico, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei

requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione” (comma 1°, art.218).

Il Collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell’esecuzione del contratto, o anche in un momento anteriore nei casi in cui non è obbligatoria la sua costituzione, su accordo delle parti (cfr.art.219 del Codice, di cui al D.Lgs n.36/2023).

Trattasi di un rimedio che il Codice estende agli appalti di servizi e forniture e servizi (cfr. comma 1°, art.215 del Codice di cui al D.Lgs n.36/2023).

Ed ancora, si tratta di una figura, il CCT, annoverata tra le misure di semplificazione in materia di contratti pubblici, di cui al Decreto legge 16 luglio 2020 n.76 (Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale) convertito in legge 11 settembre 2020, n.120, che si inserisce a pieno titolo nella cornice del N.G.E.U. e del PNRR

Non è un istituto nuovo per l’ordinamento amministrativo in materia di appalti pubblici. Infatti, già la legge 28 gennaio 2016, n.11, all’art.1, comma1, lett.aaa) aveva previsto tra i principi e i criteri direttivi specifici “la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternative al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto...”. L’istituto era stato già introdotto dall’art.207 del D.lgs n.5/2016 ma venne successivamente abrogato dall’art.121, comma1, del D.lgs 19 aprile 2017, n.56¹.

¹ cfr. Fabio FRANCIANO, “Il Collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?”, 15 luglio 2022, su: www.giustiziainsieme.it.

PARTE TERZA

IL SISTEMA DI GESTIONE E DI CONTROLLO DEGLI APPALTI FINANZIATI DAI FONDI EUROPEI STRAORDINARI (PNRR 2021-2026) E DALLA PROGRAMMAZIONE COMUNITARIA ORDINARIA (2021-2027)

20 - IL QUADRO REGOLATORIO

Con il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, è stato istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in conformità al quale sono stati varati i Piani nazionali di ripresa e di resilienza (PNRR). Con il decreto legge 31 maggio 2021 n.77, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2021, n.108 è stato definito il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto legge 6 maggio 2021, n.59, nonché dal Piano Nazionale integrato per l’Energia e il Clima 2030, di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2018.

D’altra parte, in coerenza con le direttive dell’UE in materia di appalti pubblici: di cui alla direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, alla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, alla direttiva 2014/25 sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, che stabiliscono norme e procedure comuni cui devono attenersi i soggetti individuati dalle direttive medesime per gli affidamenti di valore economico superiore a determinate soglie, ed in particolare alla legge 21 luglio 2022, n.78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”; il Governo ha varato il nuovo Codice dei contratti pubblici, dando in tal guisa attuazione al Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza 2021/2026.

Pertanto il nuovo vigente quadro regolatorio degli appalti pubblici, trova i suoi capisaldi,

generali e di dettaglio, nelle direttive dell'UE del 2014 sopraindicate e nel D.Lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 (Codice dei contratti pubblici (omissis), nella cd soft-law, demandata principalmente all'ANAC e al Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti con l'adozione di ulteriori atti (atti interpretativi, linee guida, determinazioni e bandi tipo) a carattere generale finalizzati a offrire indicazioni interpretative e operative agli operatori del settore.

Va, comunque, precisato che le disposizioni contenute nella nuova disciplina, di cui al D.lgs n.36 del 31 marzo 2023, fanno tesoro e razionalizzano il quadro di semplificazioni introdotte nel corso dell'ultimo biennio per l'accelerazione del PNRR, ponendo al centro il risultato dell'azione dell'amministrazione nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. E soprattutto per "evitare ritardi nell'attuazione del Piano è previsto che per le procedure relative a contratti finanziati, in tutto o in parte, con fondi PNRR o PNC continuano ad applicarsi le disposizioni "speciali" di semplificazione di cui al decreto-legge n.77/2021 e le altre specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR e dal PNC (come previsto dal decreto legislativo n.36/2023, all'art.225, comma 8)"¹.

In questa parte si tenterà in estrema sintesi di esaminare il sistema di gestione e controllo del Piano Nazionale di ripresa e di resilienza (2021-2026), e della programmazione 2023-2027) con particolare riguardo ai fondi di investimento europeo (SIE), di cui il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale – FEASR è parte.

21 - IL SISTEMA DI GESTIONE E CONTROLLO DEL PNRR

L'Unione Europea ha risposto alla crisi pandemica che ha investito i Paesi europei, e soprattutto l'Italia, varando un programma straordinario di sviluppo, denominato "Next Generation Eu" (NGEU).

L'Italia si è impegnata a cogliere tale straordinaria opportunità di sviluppo, investimenti e riforme, da declinare principalmente: nella modernizzazione della pubblica amministrazione; nel rafforzamento del suo sistema produttivo; e nel contrasto alla

¹ cfr. Il Ministro per gli Affari europei, il Sud le Politiche di Coesione e il PNRR, Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Terza relazione 31 maggio 2023, Italia Domani, pag.69.

povertà, all'esclusione sociale ed alle diseguaglianze.

E' il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il dispositivo per la Ripresa e la resilienza¹. Il predetto regolamento (2021/241) ha stabilito che tutte le misure finanziarie del PNRR debbano soddisfare il principio di "non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali". E tali vincolo si declina concretamente in una valutazione di conformità delle misure del PNRR al DNSH, con riferimento al sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili (cfr.art.17 del Regolamento UE 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 (Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 22/6/2020).

Il decreto legge 31 maggio 2021, n.77, convertito in legge 29 luglio 2021, n.108, recante "Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", è la prima norma nazionale di attuazione del PNRR italiano.

Con tale strumento è stato definito un impianto normativi di tipo settoriale, che si concentra su semplificazioni di singoli procedimenti relativi ad investimenti in particolare aree di intervento quali: le fonti rinnovabili, l'efficientamento energetico,, l'economia circolare, il mezzogiorno, l'edilizia scolastica, la transizione digitale e gli acquisti informatici.

Una normativa di attuazione del PNRR, che configura un framework essenziale che è tutto finalizzato ad assicurare l'osservanza del "principio di tempestività", ovvero l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di fondate motivazioni. Un principio questo che prevedeva una tempistica ristretta per l'individuazione definitiva del contraente (due mesi) dalla data di avvio del procedimento negli affidamenti diretti, aumentata a quattro mesi nelle procedure negoziate. Tali previsioni di durata, fissata fino al 30.6.2023, risulta recepita a regime dal nuovo Codice degli appalti (D.Lgs.n.36/2023), a decorrere dal 1.7.2023, unitamente alla "tempestività" degli appalti, ora canonizzato dal nuovo Codice del 2023, all'art.1 (principio del risultato). Sempre nell'ambito delle misure adottate per l'attuazione del PNRR, di cui al DL n.77/2021, convertito in legge 120/2021, assume rilevanza quanto disposto dall'art.21 in materia di "responsabilità erariale" per fatti commessi dalla data di entrata in vigore del Decreto

¹ cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 18/2/2021.

77/2021, al 30/6/2023, che ha limitato i casi di responsabilità erariale se la produzione del danno sia conseguente alla condotta del soggetto agente se dallo stesso "dolosamente voluta" Limitazione questa che non si applica per danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente, e che "la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso" (art.21 Legge 120/2020 ed art.1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n.20 per come modificato dall'art.21 DL.120/2021).

Altra norma importante attuativa del PNRR è il decreto- legge 6 novembre 2021, n.152 e legge di conversione 29 dicembre 2021, n.233 – recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose", che al titolo IV della norma "investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia" contiene, le seguenti disposizioni:

- a) La previsione che le procedure di affidamento delle attività di progettazione, richieste dai bandi del PNRR, possono essere espletate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione dell'ente (art.6-bis);
- b) la specificazione delle funzioni e dei compensi dei componenti dei Collegi consultivi tecnici delle stazioni appaltanti (art.6 quater);
- c) la riduzione dei tempi del procedimento di valutazione ambientale strategica (VAS) (art.18);
- d) una declinazione aggiornata alle nuove sfide del PNRR, dei Piani Integrati e degli interventi ritenuti prioritari (recupero, ristrutturazione e rifunzionalizzazione ecosostenibile delle strutture edilizie e delle aree pubbliche, l'efficientamento energetico e idrico degli edifici, e la riduzione del consumo di suolo anche attraverso operazioni di demolizione e ricostruzione finalizzate alla riduzione dell'impermeabilizzazione del suolo già consumato con modifica di sagome e di impianti urbanistici, nonché sostenere progetti legati alle smart cities, con particolare riferimento ai trasporti ed al consumo energetico (omissis) in attuazione della linea progettuale "Piani Integrati - M5C2 - Investimento 2.2" nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (omissis) (art.21);
- e) l'adeguamento delle misure di "Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario delle aziende" (art.47);

- f) disposizioni in materia di documentazione antimafia, di modifica degli artt.83, comma 3-bis e 91 del D.Lgs n.159/2011 (art.48-bis);
- g) la attivazione dell'istituto della "prevenzione collaborativa", con l'inserimento dell'art.94-bis, recante "Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale", con il quale il Prefetto prescrive all'impresa, società o associazione interessata l'osservanza per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a 12 mesi di una o più misure(omissis) (art.49);
- h) una specifica modalità di contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia (art.48 D.L.152/2021, e legge 233/2021).

Per quanto riguarda la gestione ed il controllo della spesa di cui al PNRR si rileva quanto di seguito.

Alla realizzazione operativa degli interventi previsti dal PNRR provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province Autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali (cfr. art.9 DL n.77/2021).

In particolare, gli Enti locali nel ruolo di soggetti attuatori e beneficiari, assumono la responsabilità della gestione dei singoli progetti sulla base degli specifici criteri e modalità stabiliti nei provvedimenti di assegnazione delle risorse. I predetti provvedimenti di assegnazione sono adottati dalle Amministrazioni centrali titolari degli interventi.

In tali casi, gli Enti locali, in conformità al DL n.77/2021, procedono secondo le seguenti fasi:

- a) accedono ai finanziamenti del PNRR partecipando ai Bandi/Avvisi emanati dai Ministeri titolari degli interventi, e competenti per la selezione dei progetti;
- b) ricevono direttamente dal MEF le risorse occorrenti per realizzare i progetti, mediante versamenti nei conti di tesoreria;
- c) devono rispettare gli obblighi di monitoraggio, rendicontazione e controllo e concorrere al conseguimento dei traguardi (milestone e target) e degli obiettivi associati al progetto;
- d) devono realizzare gli interventi nel rispetto delle norme vigenti in materia di appalti, e delle regole specifiche stabilite per il PNRR (principio del DNSH, effettuazione delle

spese entro giugno 2026 ecc.);

- e) prevenire e correggere eventuali irregolarità o restituire le risorse indebitamente utilizzate o non utilizzate.

Inoltre, ogni ente locale attuatore, deve rivedere la propria organizzazione del lavoro secondo a logica della governance e coordinamento del PNRR, di cui al DL n.77/2021.

Alla fine, la Responsabilità di indirizzo del Piano è assegnata al Sindaco, attraverso l'istituzione: di una Cabina di Regia, presieduta dal Sindaco, alla quale partecipano di volta in volta gli Assessori competenti in relazione alle tematiche affrontate in ciascuna seduta, che curerà anche la trasmissione al Consiglio Comunale di una relazione semestrale sullo stato di attuazione del Piano.

A supporto della Cabina di Regia, è' altresì istituita una Segreteria tecnica, a cura del Segretario comunale, al fine di assicurare in particolare: a) la elaborazione periodica di rapporti informativi alla Cabina di regia; b) la segnalazione al Sindaco più opportune per il superamento delle criticità segnalati dai settori competenti per materia; c) l'acquisizione dal Settore Finanziario dell'Ente delle informazioni e dei dati di attuazione del Piano per ciascun progetto; d) la proposta al Sindaco dei casi in cui siano da esercitare i poteri sostitutivi.

Ed ancora, presso Il Settore finanziario, è istituito un ufficio con funzioni di "audit" del PNRR che opera in posizione di indipendenza funzionale rispetto alle strutture coinvolte nella gestione del PNRR.

In base all'art.15, comma 4, del D.L. n.77/2021, viene garantito agli enti locali la possibilità di accertare i trasferimenti ricevuti per l'attuazione del PNRR e del PNC sulla base della formale deliberazione di riparto del contributo a proprio favore: senza dover attendere l'impegno del soggetto erogante; e con imputazione agli esercizi di esigibilità previsti nella delibera di assegnazione. In pratica non occorre attendere l'impegno di spesa dell'amministrazione erogante, ma è sufficiente il decreto che assegna le risorse.

Inoltre, in base all'art.9, commi 6 e 7, del D.L.152/2021, è prevista la possibilità per il ministero dell'Economia e delle finanze di disporre anticipi di liquidità da destinare ai soggetti attuatori dei progetti, ivi compresi gli enti territoriali, sulla base di motivate richieste presentate dalla Amministrazioni centrali titolari degli interventi di cui al PNRR.

In base al Decreto del Ministro dell'Economia e delle finanze, il servizio centrale per il PNRR rende disponibili agli enti le risorse attraverso:

- a) Un anticipo iniziale fino ad un massimo del 10% del costo del singolo intervento del PNRR;
- b) anticipi intermedi, fino al raggiungimento del 90%, sulla base di una o più quote delle richieste presentate dalle Amministrazioni centrali titolari degli interventi del PNRR;
- c) Il saldo finale, pari al 10% dell'importo della spesa dell'intervento, previa richiesta di pagamento finale attestante la conclusione dell'intervento, nonché il raggiungimento dei relativi target e milestone, in coerenza con le risultanze del sistema di monitoraggio ReGIS.

Inoltre, le amministrazioni titolari dei progetti finanziati dal PNRR sono responsabili della relativa attuazione secondo il principio della sana gestione finanziaria e nel rispetto della normativa europea e nazionale, con particolare riguardo alla: a) prevenzione, individuazione e correzione delle frodi; b) corruzione e conflitti di interesse; c) rispetto dei cronoprogrammi per il conseguimento dei target intermedi e finali¹.

Infine tutti i progetti del PNRR devono essere tracciati con il CUP: che è il codice che identifica un progetto di investimento pubblico ed è lo strumento per il funzionamento del Sistema di Monitoraggio degli investimenti pubblici (MIP).

Ed ancora, un importante riferimento tecnico-amministrativo per le attività di gestione e di controllo degli interventi finanziati dal PNRR, è costituito dalle "Linee - Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR di competenza delle Amministrazioni Centrali e dai soggetti attuatori", predisposto dal servizio Centrale del PNRR, presso il MEF. Scopo principale di tale strumento è "quello di fornire alle Amministrazioni Centrali titolari di misure (investimenti/riforme) PNRR ed ai soggetti attuatori, linee di orientamento e di indirizzo metodologico, nonché indicazioni di massima e, per quanto possibile, suggerimenti operativi su elementi attuativi di particolare rilievo, che caratterizzano le principali fasi amministrative di avvio e attuazione degli interventi PNRR quali: misure, e controlli per la corretta individuazione del "titolare effettivo" del

¹ cfr. Sistema unitario ReGIS ex art.1, comma 1043.

destinatario dei fondi o appalto/misure/controlli per la prevenzione e il contrasto del "conflitto di interessi" e del "doppio finanziamento" e, più in generale, indicazioni procedurali per un corretto espletamento di controllo e rendicontazione delle spese e di Milestone & Target al fine, rispettivamente, di attestare ed accertare l'effettivo ed efficace avanzamento fisico e finanziario delle misure del PNRR"¹. Tra gli aspetti più rilevanti del predetto strumento si rileva la previsione per i soggetti attuatori. di realizzare i controlli di regolarità amministrativa-contabile, su tutti gli atti di spesa e di rendicontazione, relativamente alle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti;, che va garantita in primo luogo dalla normativa nazionale vigente, che impone lo svolgimento dei controlli interni di regolarità amministrativa e contabile (ex D.lgs n.123/2011) ed i "controlli di gestione (ex D.lgs n.286/1999).Infine, tra le novità introdotte dal D.L.n.13/2023 (art.3)(conv.L.41/2023) la modifica dell'art.12 del D.L.77/2021 in materia di esercizio dei poteri sostitutivi per mancato rispetto degli obblighi di attuazione del PNRR, da parte dei Comuni ecc.

22 - IL SISTEMA DI GESTIONE E CONTROLLO DEI FONDI SIE

In primo luogo non è superfluo precisare che i Fondi strutturali e di investimento europei (cd. Fondi SIE) sono i principali strumenti finanziari della politica regionale dell'Unione europea il cui scopo è essenzialmente quello di rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale riducendo i divari di sviluppo fra le regioni più avanzate e quelle in ritardo di sviluppo (cfr.bart.174 TFUE). La politica di coesione sostiene la creazione di posti di lavoro, la competitività tra imprese, la crescita economica, lo sviluppo sostenibile e il miglioramento della qualità della vita dei cittadini in tutte le regioni e le città dell'unione europea.

E' il Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, che reca le disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (c.d. fondi SIE).

In particolare, l'art. 22 stabilisce che gli Stati membri, responsabili della gestione e del

¹ cfr. MEF, PNRR, Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR, 2022, pag.6.

controllo dei Programmi operativi, devono istituire adeguati sistemi di gestione e controllo atti a prevenire, individuare e correggere le irregolarità e, al contempo, informarne la Commissione e consentire il tempestivo recupero dei relativi importi al bilancio UE .

E' il Regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio che concerne il sostegno allo sviluppo rurale attraverso FEASR. A tal fine, l'art. 65, comma 3, dispone l'obbligo di istituire per ogni Programma di sviluppo rurale il relativo Sistema di gestione e controllo, sia per garantire una chiara ripartizione e separazione delle funzioni tra l'autorità di gestione e gli altri organismi, e rispettare la legislazione in materia di regimi di sostegno dell'Unione, sia per provvedere agli adempimenti per la verifica della legittimità e della regolarità delle operazioni finanziate.

Inoltre, il rispetto della normativa in materia di appalti, per i beneficiari pubblici o equiparati a pubblici che ne sono tenuti all'osservanza, costituisce condizione di ammissibilità della spesa a valere sui Programmi regionali di Sviluppo Rurale cofinanziati dal FEASR.

In particolare, il Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, all'art. 2 dispone che può costituire "irregolarità", qualsiasi violazione di una norma comunitaria e/o nazionale in materia di appalti, derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico coinvolto nell'attuazione dei fondi SIE che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio dell'Unione mediante l'imputazione di spese indebite al bilancio dell'Unione .Inoltre, l'art. 2 del Regolamento delegato (UE) n. 2015/1970, precisa che il "sospetto di frode" va considerato come una irregolarità che a livello nazionale determina l'inizio di un procedimento amministrativo o giudiziario volto a determinare l'esistenza di un comportamento intenzionale in particolare di una frode, a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della convenzione del 1995 elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

Ed ancora, in materia di irregolarità, la disciplina comunitaria si fonda su due presupposti:

- la violazione di una norma comunitaria e/o nazionale;
- l'esistenza di un danno finanziario.

In questo ambito di rilievo è il Regolamento di esecuzione (UE) n. 809/2014 della

Commissione, recante modalità di applicazione del regolamento (UE) n. 1306/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il sistema integrato di gestione e di controllo, le misure di sviluppo rurale e la condizionalità. A tal fine:

- l'art. 48, paragrafo 2, dispone che i controlli amministrativi sulle Domande di sostegno garantiscono la conformità dell'operazione con gli obblighi applicabili stabiliti dalla legislazione UE e nazionale e dal PSR, compresi quelli in materia di appalti pubblici, aiuti di Stato e altre norme e requisiti obbligatori;
- l'art.63, precisa che i pagamenti sono calcolati in funzione degli importi risultati ammissibili nel corso dei controlli amministrativi.

La Commissione europea, in particolare, richiede alle Autorità del Programma operativo di applicare gli stessi criteri e percentuali utilizzate dalla Commissione stessa per correggere le irregolarità rilevate nell'ambito delle verifiche e audit svolti nell'attuazione del Programma stesso.

Inoltre, il Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, :all'art. 143 stabilisce che:

- spetta in primo luogo agli Stati membri fare accertamenti sulle irregolarità, effettuare le rettifiche finanziarie necessarie e procedere ai recuperi. Nel caso di un'irregolarità sistemica, lo Stato membro estende le proprie indagini a tutte le operazioni che potrebbero essere interessate;
- gli Stati membri procedono alle rettifiche finanziarie necessarie in relazione alle irregolarità isolate o sistemiche individuate nell'ambito di operazioni o programmi operativi. Le rettifiche finanziarie consistono in una soppressione totale o parziale del contributo pubblico a un'operazione o programma operativo. Gli Stati membri tengono conto della natura e della gravità delle irregolarità e della perdita finanziaria che ne risulta per i fondi o per il FEAMP e apportano una rettifica proporzionale;
- il contributo dei fondi soppresso a seguito di tali rettifiche può essere reimpiegato dall'AdG nell'ambito del Programma Operativo in questione.

Ed ancora, in base all'art. 144, le rettifiche finanziarie possono essere realizzate direttamente da parte della CE, mediante atti di esecuzione, sopprimendo in tutto o in parte

il contributo dell'Unione a un Programma Operativo, qualora, effettuate le necessarie verifiche, essa concluda che:

- vi è una grave carenza nell'efficace funzionamento del sistema di gestione e di controllo del programma operativo, tale da compromettere il contributo dell'Unione già versato al Programma operativo;
- lo Stato membro non si sia conformato agli obblighi che gli incombono a norma dell'articolo 143 del Regolamento (UE) n. 1303/2013 citato, anteriormente all'avvio della procedura di rettifica da parte della Commissione;
- le spese figuranti in una domanda di pagamento sono irregolari e non sono state rettificate dallo Stato membro anteriormente all'avvio della procedura di rettifica da parte della Commissione.

Qualora il sistema di gestione e controllo non garantisca le azioni correttive e di rettifica e/o sia affetto da gravi carenze la Commissione Europea deve:

- in forza dell'articolo 142 del Regolamento (UE) n. 1303/2013, sospendere i pagamenti a livello di priorità o di intero programma operativo;
- in forza dell'articolo 144 del RDC, applicare rettifiche finanziarie nette.

Qualora, infine, non sia possibile quantificare con precisione l'importo di spesa irregolare addebitato ai fondi, la Commissione applica una rettifica finanziaria su base forfettaria o per estrapolazione, attenendosi al principio di proporzionalità e tenendo conto della natura e della gravità dell'irregolarità, della frequenza e dell'entità della singola o delle molteplici carenze .

23 - IL SISTEMA DI ATTUAZIONE E DI CONTROLLO DEGLI INTERVENTI COFINANZIATI DAL FEASR

Il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), trova il suo fondamento normativo nel Regolamento (UE) n.1305/2013(Sostegno alla sviluppo rurale) . Esso stabilisce rispettivamente: a) in che modo il FEASR contribuisce allo sviluppo delle aree rurali e del settore agricolo per il periodo 2014-2020 affinché esso sia resiliente, competitivo e

innovativo; rispettoso del clima e caratterizzato da equilibrio ambientale; socialmente inclusivo.

Stabilisce, inoltre, le norme che disciplinano il sostegno dell'Unione Europea per lo sviluppo rurale, finanziato dal FEASR. Delinea, infine, gli obiettivi del FEASR e il suo funzionamento. E' stato modificato dal regolamento (UE)2017/2393. E' stato ulteriormente modificato dal Regolamento (UE) 2020/2220, che ha tra l'altro stabilito disposizioni transitorie per l'attuazione del FEASR, includendo specifiche risorse per sostenere la ripresa del settore agricolo e le aree rurali dell'Unione in seguito alla pandemia da COVID-19.

Per quanto riguarda il sistema di controllo viene raccomandato alle Autorità di gestione di procedere alla: " adozione di check list di autovalutazione ex ante e in itinere, sia per il controllo da parte del beneficiario pubblico dei requisiti di ammissibilità a finanziamento degli interventi e delle spese; sia per il controllo della regolare applicazione della normativa sugli appalti pubblici e delle regole e procedure del FEASR, nelle diverse fasi di avanzamento dei lavori; adozione di linee guida per illustrare le procedure amministrative, di rendicontazione e controllo per l'attuazione di interventi cofinanziati dal FEASR. Trattandosi di strumenti complessi, occorre prevedere, da parte dell'autorità di gestione, forme di accompagnamento dei beneficiari pubblici all'applicazione delle suddette check-list e linee guida, o per il tramite di proprio Organismo pagatore (laddove esistente) oppure per mezzo dell'assistenza tecnica al PSR"¹.

24 - CONTROLLI DI CONFORMITÀ ALLA NORMATIVA SUGLI APPALTI E CONSEGUENZE IN CASO DI VIOLAZIONI

Il rispetto della normativa in materia di appalti, costituisce condizione di ammissibilità della spesa a valere sui PSR cofinanziati dal FEASR.

La violazione di una norma comunitaria e/o nazionale in materia di appalti può costituire "irregolarità" ai sensi dell'articolo 2 del reg. 1303/2013. Il decreto Ministero Politiche Agricole 25 gennaio 2017 "Disciplina del regime di condizionalità ai sensi del regolamento (UE) n. 1306/2013 e delle riduzioni ed esclusioni per inadempienze dei beneficiari dei pagamenti

¹ Cfr. Rete Naturale nazionale 2014.2020, Norme e appalti pubblici nei programmi di sviluppo rurale(PSR), Maggio 2018, pagg.43-44.

diretti e dei programmi di sviluppo rurale”, prescrive che nel caso di inadempienze alle regole sugli appalti pubblici, è applicata la correzione finanziaria a carico del beneficiario inadempiente, la quale deve essere determinata sulla base delle linee guida contenute nell'allegato alla Decisione della Commissione C(2013) 9527 “Orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie da applicare in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici”. Tale Decisione ha eliminato la differenza tra violazioni negli appalti sotto e sopra soglia (precedentemente prevista), individuando un numero superiore di casistiche di irregolarità e consentendo, così, un'associazione più diretta alle fattispecie di violazioni alle norme nazionali.

Non potendo, tuttavia, tali casistiche essere considerate esaustive, la stessa Commissione con la Decisione C(2013) 9527, che è un atto di indirizzo, ha dato indicazioni affinché eventuali ulteriori fattispecie siano trattate secondo il principio di proporzionalità e, ove possibile, in analogia ai tipi di irregolarità individuate dagli Orientamenti espressi nella stessa Decisione.

La predetta Decisione definisce una serie di correzioni sui tassi di errore - del 5%, 10%, 25% e 100% - da applicare sulle spese di un contratto/appalto. Esse tengono conto della gravità dell'irregolarità e del principio di proporzionalità. La misura della rettifica tiene conto anche della gravità dell'irregolarità e del relativo impatto finanziario per il bilancio dell'Unione.

Le fattispecie individuate dalla Commissione fanno riferimento a tre macro-tipologie di irregolarità, concernenti: a) il bando di gara e il capitolato d'oneri; b) la valutazione delle offerte; c) l'attuazione del contratto.

A ciascuna tipologia è associato uno o più tassi di rettifica, graduato in funzione della gravità e dell'impatto della violazione. Non è prevista alcuna correzione nel caso in cui l'irregolarità sia soltanto di natura formale, senza alcun impatto finanziario effettivo o potenziale. Non sono cumulabili i tassi di correzione se una serie di irregolarità viene rilevata nella stessa procedura d'appalto; l'irregolarità più grave è presa come indicazione per decidere il tasso di correzione (5%, 10%, 25% o 100%). Una rettifica finanziaria del 100% può essere applicata nei casi più gravi quando l'irregolarità favorisce taluni offerenti o candidati o quando l'irregolarità riguarda frode accertata, come stabilito da un'autorità giudiziaria o

amministrativa competente¹.

25 - LE CRITICITA' DA SUPERARE NELLA GESTIONE DEI FONDI EUROPEI

Dall'esame delle regole comunitarie in materia di gestione dei fondi europei, e dai bilanci delle attività di gestione dei fondi della programmazione comunitaria 2014-2020, risultano molte criticità, soprattutto nei piccoli Comuni del mezzogiorno. Si tratta di attività gestionali dei progetti, che devono conformarsi ad un quadro di riferimento regolamentare rigoroso e complesso che impone agli addetti ai lavori ulteriori sforzi affinché la spesa comunitaria (da PNRR e dalla programmazione ordinaria) non vengano ritardate o addirittura i fondi revocati. Una recente indagine di Fondazione Etica (Centro di Ricerca sugli Enti pubblici) presieduta da Gregorio GITTI e Paola CAPOROSI, ha accertato che sono solo 102 i Comuni con capacità di spesa al di sopra del 90%. "Un numero preoccupante se si considera che 871 comuni non riescono a spendere neppure la metà delle somme impegnate, e, tra essi 67 non arrivano a spenderne nemmeno il 20%". La predetta Fondazione, "Ha passato in rassegna 7.166 enti di cui 5.018 con meno di 5.000 abitanti per comprendere se e in che modo le difficoltà evidenziate dai municipi italiani nella spesa dei fondi di programmazione 2014/2020 possano riproporsi nella nuova programmazione 2021-2027 e nella messa a terra dei progetti PNRR. Secondo la Fondazione Etica, l'indicatore di spesa media dei Comuni si attesta intorno al 70%. Un percentuale non bassa, ma nemmeno elevatissima che, spiegano i curatori dell'indagine, "può considerarsi positiva solo in considerazione della composizione del campione" costituito da moltissimi piccoli comuni, storicamente carenti di personale e di competenze e quindi meno propensi a spendere. Se come detto, 871 comuni non sono riusciti a spendere la metà delle risorse assegnate, ce ne sono 217 che hanno fatto ancora peggio, registrando una capacità di spesa inferiore al 30%"².

Secondo Antonio LOMBARDO e secondo "Position paper" della Commissione europea è necessario cambiare il modo di spendere le risorse comunitarie soprattutto in Calabria. Ciò

¹ Cfr. Decisione C(2013) 9527.

² Cfr. Francesco CERISANO, "Fondi europei, sono solo 102 i comuni con capacità di spese superiore al 90%. In difficoltà i mini enti e i municipi con basso reddito", su Italia Oggi del 3 novembre 2023, pag.33.

deve avvenire nella fase di programmazione, dove le principali criticità sono: inadeguatezza delle strutture di gestione dei programmi (soprattutto a livello regionale) n; sovrapposizione tra gli interventi dei programmi nazionali e regionali; frammentazione (polverizzazione) degli interventi; errata definizione delle priorità (non risulta una focalizzazione sui temi prioritari per territorio). Deve, inoltre, avvenire nella fase di attuazione dei programmi, dove i maggiori ostacoli alla spesa efficiente delle risorse sono identificabili in: inadeguata pianificazione; complessità del sistema di gestione e controllo; limiti dell'autorità di audit; debolezze del sistema di monitoraggio¹.

E' possibile prevenire altri insuccessi nell'utilizzo delle risorse europei se si assume maggiore consapevolezza sui limiti segnalati sulla programmazione regionale dei fondi comunitari in atto. Secondo Damiano Bruno Silipo, "Ci sono almeno tre condizioni perché un programma possa essere considerato efficace ex-ante: 1) che abbia obiettivi di sviluppo chiari e realistici; 2) che individui gli attori e i territori più capaci di creare sviluppo; 3) che gli strumenti individuati siano coerenti con gli obiettivi"¹.

A tal proposito, "anche nel nuovo POR Calabria 2021-2027 non è possibile identificare: 1) chi sono gli attori dello sviluppo: quali settori e tipologie di imprese e lavoratori sono più suscettibili di creare sviluppo in Calabria (...); 2) quali aree della Calabria sono più suscettibili di creare sviluppo e in quali settori; 3) come si allocano le risorse finanziarie del POR per gli obiettivi settoriali e territoriali. D'altra parte, costruire un progetto territoriale integrato comporta l'individuazione per ciascun territorio di una vocazione, di programmi e progetti che possono far affermare queste capacità latenti esistenti sul territorio. Ciò è particolarmente urgente per le zone interne della regione"².

¹ cfr. Antonio Lombardo, Comunicazione al convegno "Il futuro delle politiche di coesione territoriale e sociale", Lamezia Terme, in Atti del Convegno, Editore Laruffa.

² cfr. Damiano Bruno Silipo, "Il POR Calabria 2021-2027 e il futuro della Calabria, Aprile 2023 in: regionaleconomiy.eu

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Un percorso quello realizzato, che partendo dalla esigenza di sviluppo del settore agricolo, sempre più fondamentale e strategico per la macro economia europea, e nazionale e per le economie regionali e locali delle regioni del sud Italia e della Calabria in particolare, si è voluto declinare in relazione ai nuovi programmi di sviluppo (PNRR 2021-2026, Programmazione comunitaria 2021-2027) investimenti in infrastrutture e servizi strategici (idrico, demanio, assistenza tecnica ecc.), si è concentrato sul quadro regolatorio dell'Unione europea con riguardo particolare ai fondi strutturali, e soprattutto sul nuovo Codice degli appalti pubblici, approvato con D.Lgs n.36 del 31 marzo 2023, che è a ragione ritenuto uno strumento fondamentale per realizzare le politiche pubbliche di sviluppo economico e sociale ai vari livelli istituzionali. Ma non ci potrà essere nessun salto di qualità dei processi di sviluppo, soprattutto territoriali, se non si riuscirà ad inverare nel contempo alcune condizioni essenziali "non legislative. Infatti, " la legge, anche se riordinata e semplificata grazie ad un codice, è un elemento necessario ma non sufficiente per una riforma di successo, giacché tutte le riforme iniziano 'dopo' la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate "in concreto". A tal fine, la Commissione segnala la necessità di inverare "almeno tre condizioni essenziali 'non legislative', che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche" ((cfr. Relazione di accompagnamento al Codice dei contratti pubblici del 2023, parte introduttiva). Ed ancora "che la stessa magistratura si faccia stabile interprete dei principi generali ai quali il nuovo codice dichiara di volersi ispirare perché un testo normativo si inveri nelle prassi attuative ma, soprattutto attraverso le pronunce giurisdizionali che lo rendono effettivo diritto vivente"¹. I glossari allegati, aiuteranno a spiegare gli istituti base citati nel testo.

¹ cfr. Antonio SAITTA, I principi che governano l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici, su Il Codice degli Appalti, Guida del Il Sole 24 Ore, maggio 2023, pag.22.

POSTFAZIONE

di Franco PETRAMALA

Ho Letto con il dovuto impegno il testo di Antonio e Salvatore Coscarelli, "Sviluppo economico e settore agricolo tra regole euronazionali e il nuovo Codice dei Contratti", con la prefazione di Ennio Stamile, alla ricerca di chiarezza fra la congerie di provvedimenti europei, Programmi della Commissione UE, Regolamenti, linee guida, vademecum, documenti politico/programmatori.

Risulta utilissimo strumento di orientamento, in particolare quello sugli interventi in agricoltura, dichiarato ambito di trattazione specifica, di ottima sintesi e agevole lettura.

Pur concedendo che, secondo uno slogan ormai accettato, la Unione Europea debba più appropriatamente definirsi "Varietate concordia", differente dal motto degli Stati Uniti d'America, "Pluribus Unum".

A significare nel secondo caso la definitività dell'ambito unionista istituzionale e nel primo caso piuttosto un processo, un divenire, una scansione progressiva degli interessi in gioco, una mediazione e un compromesso continuo.

Eppure ho sempre ritenuto prevalenti alcuni valori coerenti e rivenienti, da una civiltà, quella europea appunto, differente da ciò che europeo non è.

Intanto come affermava Omodeo, già nel 1947, riportato da Federico Chabod, una civiltà solamente quando è cosciente di sé diventa storia. L'Europa, distinguendosi da ciò che non è Europa, ha conseguito il suo ruolo fondamentale nelle umane cose.

Molte volte abbiamo assistito, nella storia recente e meno recente, alla evoluzione propositiva che è coincisa con un territorio e quindi attraverso di esso, appunto, come all'epoca di Alessandro Magno, dell'Impero Romano di Augusto o di Adriano, quello di Carlo Magno e Federico Secondo e quella di Carlo Quinto. Tutte epoche che snocciolavano principi, valori ed evoluzioni sociali, certamente accanto a quelle militari.

A mutamenti di recezione del lungo cammino, verso lo sviluppo di conquiste di civiltà, non ultime certamente quelle del sette/ottocento e novecento.

Ma la uniformità e la linearità non è carattere che distingue il cammino della civiltà, di nessuna, europea o meno, per cui accanto a conquiste sociali reali, si sono avvicinati momenti terribili di cadute della stessa civiltà e della umana e cristiana "pietas", fino alla barbarie come a metà del novecento, riprova che il crogiolo dell'Europa presenta spesso una varietà di produzioni di pensiero e di disvalori che ci ricordano sempre la precarietà di ogni sviluppo delle relazioni umane.

Per controllare tale andamento, a Ventotene e in seguito, si formulò una specie di dottrina della salvaguardia in difesa di tentazioni di disprezzo per la dignità umana.

E si pensò, poiché la misura si appalesò più percorribile, la concentrazione nell'Europa degli interessi socio-economici diffusi che costringessero a trovare convenienza allo stare insieme. Tutta la politica agricola del Mec e dell'Unione Europea fu disegnata in tale prospettiva.

Infatti la U.E. domina non attraverso il comando o la coerenza come accade per gli Stati nazionali, ma attraverso procedure che, come sostiene Hans Magnus Enzenberger che definisce Bruxelles il "Mostro buono", che sceglie ed impone modelli e modalità di produzione e di commercializzazione in una sorta di globalizzazione ante litteram fra i membri che a volte non ha arricchito libera iniziativa ed inventiva, non dando senso alle enunciazioni di principio sullo spirito liberale.

Ha piuttosto e presuntuosamente indicato ciò che andava realizzato. In tali condizioni fra le classi sociali ed all'interno di esse, appare dimessa la dialettica, da cui l'impoverimento della classe media/borghese non più produttiva e nemmeno protagonista, comprimaria di scelte finanziarie imposte aliunde.

Le chiare titolazioni presenti nel libro dei Coscarelli aiutano ad evidenziare la complessità della materia ed a orientarsi.

In vista o in attesa che si realizzino gli Stati Uniti d'Europa, unica soluzione per confermare la intuizione degli Stati e dei cittadini che hanno patito il primitivismo delle espansioni territoriali, si rende necessario ed opportuno la comunicazione intensa dei contenuti degli interventi, già nella fase preparatoria ad evitare il processo di alienazione strisciante che ha

comportato perfino problemi tecnico organizzativi alle istituzioni locali ed ai corpi intermedi, come da ultimo in occasione del PNRR.

Voglio aggiungere la utilità assoluta di comunicare le metodologie della esposizione, come nel libro, ripensando alla estraneità dei processi decisionali riguardo soprattutto alle aree meno sviluppate che se destinatarie, così genericamente, di finanziamenti anche ingenti, non realizzano appieno ciò che si dovrebbe.

C'è aria ripetitiva di ciò che accadde al tempo della Cassa per il Mezzogiorno allorché agli interventi di promozione della ingegnerizzazione dei servizi pubblici essenziali, non si è accompagnata con successo la spinta verso la formazione effettiva di una classe imprenditoriale adeguata che fosse costruttore di prospettive e non semplice destinataria di provvidenze troppo facilmente preda dell'affarismo.

Che purtroppo nel mezzogiorno italiano resiste, troppo spesso condizionato da una classe dirigente inadeguata e di "passo" che non consente il libero sviluppo delle risorse umane che pure sono in attesa di essere protagoniste.

Infine un consiglio agli Autori. Che promuovano presso le autorità scolastiche una serie di mini seminari sull'oggetto del libro e dovunque, come nelle parrocchie, vi possano essere giovani e meno giovani che doverosamente possano essere "provocatoriamente" investiti di momenti di informazione di rigore, di quelle che il testo propone.

Franco Petramala

GLOSSARIO: APPALTI PUBBLICI

<p style="text-align: center;">Centralizzazione delle committenze e qualificazione delle Stazioni appaltanti</p>	<p>L'art.62 al comma 1, prevede l'innalzamento fino a 500.000 euro dell'obbligo della qualificazione delle stazioni appaltanti per l'affidamento dei contratti pubblici, quale limite oltre il quale si applica il regime di qualificazione. Le stazioni appaltanti, infatti, non in possesso della necessaria qualificazione procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. Le stazioni appaltanti non qualificate ricorrono ad una centrale di committenza qualificata (<i>art.62 Nuovo Codice Contratti</i>).</p> <p>L'art.63 del Codice disciplina il sistema di qualificazione, istituendo un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. In sede di prima applicazione, sono iscritti con riserva nell'elenco delle centrali di committenza qualificate anche le unioni di comuni costituite nelle forme previste dall'ordinamento, i comuni capoluogo di provincia e le regioni. L'ANAC stabilisce i requisiti e le modalità attuative del sistema di qualificazione (art.63 del nuovo Codice).</p>
<p style="text-align: center;">Amministrazione aggiudicatrice - Stazione appaltante</p>	<p>E' "stazioni appaltante", qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice (Allegato I.1 -art.1 lett.a) del nuovo Codice).</p> <p>Sono amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali enti o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico diversi da enti, che aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una attività.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, Allegato I1 art.1 del nuovo Codice)</i></p>

<p>Appalti pubblici e Contratti di concessione</p>	<p>Appalti pubblici: "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi"; <i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE Allegato I1, art.2, comma 1- lett.b) del nuovo Codice).</i></p> <p>Contratti di concessione: "i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (Allegato I1art.2, comma 1- lett.c) del nuovo Codice).</p>
<p>Appalti pubblici di forniture</p>	<p>Appalti pubblici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione <i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).</i></p>
<p>Appalti pubblici di lavori</p>	<p>Appalti pubblici aventi per oggetto una delle seguenti azioni:</p> <ul style="list-style-type: none"> • l'esecuzione, o la progettazione e l'esecuzione, di lavori; • l'esecuzione, oppure la progettazione e l'esecuzione di un'opera; oppure; • la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera. <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p>
<p>Appalti pubblici di servizi</p>	<p>Appalti pubblici aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli oggetto di appalti pubblici di forniture.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p>

Attività di committenza	<p>Attività di centralizzazione delle committenze», svolte su base permanente:</p> <p>a) l'acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici; b) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p>
Avvalimento	<p>L'avvalimento è il contratto con il quale uno o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto.</p> <p><i>(art.104 del D.Lgs n.36/2023)</i></p>
Candidato o offerente	<p>Un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, art.65 D.Lgs n.36/2023)</i></p>
Commissione giudicatrice	<p>Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. A tale commissione può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente. Nelle procedure con il criterio del minor prezzo, la valutazione delle offerte è effettuata da un seggio di gara, anche monocratico composto da personale della stazione appaltante, scelto secondo criteri di trasparenza e competenza</p> <p><i>(art. 93 D.lgs n.36/2023)</i></p>

<p style="text-align: center;">Centrali di Committenza</p>	<p>Sono Centrali di committenza le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano forniture o servizi destinate ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o ancora che aggiudicano appalti pubblici o concludono accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori.</p> <p><i>(art.62, del d.lgs. 36/2023)</i></p> <p>La Centrale di committenza può altresì fornire servizi di committenza ausiliaria che può essere svolta dalle centrali di committenza qualificate e dalle SA qualificate</p> <p>.</p> <p>Nel nuovo codice sono specificate le attività di progettazione e affidamento, nonché di implementazione di convenzioni e accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici di negoziazione che possono essere svolte a favore di stazioni appaltanti qualificate e non qualificate. Sono specificate le modalità di regolamentazione del rapporto che intercorre fra SA e Centrale di committenza o SA qualificata.</p> <p><i>(Art.62, commi 7-9 D.lgs n.36/2023)</i></p> <p>Le stazioni appaltanti "non qualificate" ricorrono, laddove non abbiano comunque facoltà esecutive nei casi espressamente previsti (-500.000 euro) ad una centrale di committenza o ad una stazione appaltante qualificata, anche nominando un supporto al RUP della centrale di committenza affidante.</p> <p>Oltre il limite di 500.000 euro per i lavori, e di 140.000 euro per forniture e servizi le s.a. devono ottenere la qualificazione, in mancanza l'ANAC non rilascia il CIG.</p> <p><i>(Art.62, comma 6 D.Lgs n.36/20023).</i></p> <p>Sono, invece, Soggetti aggregatori (art.9 del D.L. 66/2014, conv. con Legge 89/2014), delle centrali di committenza più qualificate che vengono iscritti di diritto nell'Elenco A.N.A.C.</p> <p><i>(art.63 del Dlgs 36/2023).</i></p>
--	--

<p>Direttore dei lavori e - Direttore dell'esecuzione dei contratti (DEC)</p>	<p>Prima dell'avvio della procedura per l'affidamento, su proposta del RUP, vengono nominati un direttore dei lavori e le altre figure professionali coadiuvanti per gli appalti di lavori. In particolare, con riferimento alle figure professionali che costituiscono l'Ufficio di direzione dei lavori le SA potranno nominare un "gestore dell'ambiente di condivisione dei dati" e un "gestore dei processi digitali, nonché all'interno della struttura di supporto al responsabile unico del progetto, un "coordinatore dei flussi informativi". Il Direttore dell'esecuzione rappresenta, nei confronti dell'impresa, l'amministrazione committente e svolge i compiti di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante, in modo da assicurarne la regolare esecuzione. <i>(Art.114 del Nuovo codice e Allegato 1.19)</i></p> <p>Se non diversamente previsto nel bando di gara le SA affidano l'attività di direzione dei lavori ai propri dipendenti; in mancanza, la affidano ai dipendenti di Centrali di committenza o di altre pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art.15 della legge 241/1990 o per mezzo di convenzioni ex art.30 del Testo Unico degli Enti locali (D.Lgs 267/2000). In mancanza di competenze o nel caso di lavori complessi che richiedono professionalità specialistiche si seguono le disposizioni del Codice dei contratti.</p> <p>Per quanto riguarda i servizi e le forniture di particolare importanza la loro individuazione è indicata nell'Allegato II.14, per i quali è necessaria la nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal RUP. In essa sono indicati i compiti del direttore dell'esecuzione e l'individuazione delle funzioni dell'assistente del DEC.</p> <p><i>(artt.114, 115 e 116 del nuovo codice; Allegato II.14)</i></p>
---	--

Direttore dei lavori	<p>Il Direttore dei lavori ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività dell'ufficio direzione lavori (della Stazione appaltante).</p> <p>Il Direttore dei lavori ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori, ed interloquisce in via esclusiva con l'esecutore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto.</p> <p>Il direttore dei lavori ha la specifica responsabilità dell'accettazione dei materiali, sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle caratteristiche meccaniche e in aderenza alle disposizioni delle norme tecniche per le costruzioni vigenti.</p> <p>Al Direttore dei lavori fanno carico tutte le attività ed i compiti allo stesso espressamente demandati dal codice nonché: a) verificare periodicamente il possesso e la regolarità da parte dell'esecutore e del/dei subappaltatore/i della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti; b) curare la costante verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e dei manuali di manutenzione, modificandone e aggiornandone i contenuti a lavori ultimati; c) provvedere alla segnalazione al RUP, dell'inosservanza, da parte dell'esecutore del contratto di appalto, e della normativa vigente in materia di sicurezza e tutela degli impianti e del personale.</p> <p><i>(Artt.114, 115 e 116 del nuovo Codice; Decreto MIT 7 marzo 2018, n. 49 – Regolamento recante: «Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione», pubblicato in GU Serie Generale n. 111 del 15-05-2018, entrata in vigore il 30 maggio 2018)</i></p>
----------------------	--

Documento di concessione	<p>Qualsiasi documento prodotto dalle stazioni appaltanti o al quale la stazione appaltante fa riferimento per descrivere o determinare gli elementi della concessione o della procedura, compresi il bando di concessione, i requisiti tecnici e funzionali, le condizioni proposte per la concessione, i formati per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p>
Documento di gara	<p>Qualsiasi documento prodotto dall'amministrazione aggiudicatrice o al quale l'amministrazione aggiudicatrice fa riferimento per descrivere o determinare elementi dell'appalto o della procedura, compresi il bando di gara, l'avviso di pre-informazione nel caso in cui sia utilizzato come mezzo di indizione di gara, le specifiche tecniche, il documento descrittivo, le condizioni contrattuali proposte, i modelli per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p> <p><i>Il Codice del 2023 stabilisce che costituiscono documenti in particolare: il bando, l'avviso di gara o la lettera di invito; il disciplinare di gara che fissa le regole per la selezione delle offerte ex art.87); il capitolato speciale, che definisce i contenuti del futuro contratto; e le condizioni contrattuali proposte. (art.82 nuovo Codice Appalti).</i></p>
Offerente	<p>Un operatore economico che ha presentato un'offerta.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p>
Operatore economico	<p>Una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.</p> <p><i>(direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)</i></p>

<p>Partenariato Pubblico Privato</p>	<p>Il PPP rappresenta una particolare forma di collaborazione tra il pubblico ed il privato per la realizzazione e la gestione di infrastrutture o servizi.</p> <p>Il Codice, sulla base della distinzione contenuta nel Libro verde della Commissione europea del 2004, distingue tra il partenariato contrattuale, basato sulla natura negoziale della cooperazione tra privato e la P.A. e il partenariato istituzionale, in cui il partner privato e quello pubblico costituiscono un soggetto nuovo e distinto, partecipato congiuntamente e disciplinato dal D.Lgs 175/2016.</p> <p>(art.174 del nuovo Codice Appalti)</p> <p>Per realizzare tale istituto, le pubbliche amministrazioni adottano il "Programma triennale delle esigenze pubbliche" che sono idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato.</p> <p>Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.</p> <p>Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio incapo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera.</p> <p>(artt. 174, 177, 178 179 nuovo Codice Appalti)</p> <p>Un ulteriore tipo di partenariato previsto dal Codice, è costituito dal "partenariato sociale", che promuove la collaborazione tra pubblico e privato per il perseguimento di finalità sociali. Possono concludere i contratti di partenariato sociale oltre ai cittadini, anche costituenti un consorzio di comprensorio ex comma 1,lett.a),e le piccole , medie e microimprese (comma 3).Esso si caratterizza per lo scambio sinallagmatico tra il pagamento degli oneri tributari e le prestazioni lavorative da parte degli interessati. L'Ente locale dal canto suo anziché pagare un'opera o un servizio porta in compensazione un proprio credito tributario.</p> <p>(art.201 nuovo Codice Appalti)</p>
--------------------------------------	--

<p>Principali fasi della procedura di appalto</p>	<p>LA PROCEDURA DI GARA</p> <p>La procedura di gara è definita come “la procedura selettiva tramite gara fra operatori economici che, nel rispetto del diritto dell’Unione europea e della disciplina dettata dal Codice, è finalizzata, attraverso la valutazione comparativa delle offerte e la selezione del contraente, all’affidamento del contratto” (art.3,comma 1, lett.c),All.I.1).</p> <p>1. FASE PRELIMINARE DELLA PROCEDURA DI APPALTO:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Scelta della procedura di scelta del contraente/determina a contrarre (<i>artt. 17, comma 1, nuovo Codice Appalti</i>); ✓ Scelta delle procedure di affidamento lavori (<i>art.17 c.3, . nuovo Codice Appalti</i>); <p>2. PROCEDURA DI APPALTO:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Specificazione dei criteri di selezione/aggiudicazione; ✓ Pubblicazione dell'appalto; ✓ Nomina della commissione giudicatrice; ✓ Sedute di gara, apertura, esame e valutazione delle offerte; ✓ Notifica dell'aggiudicazione. (<i>art. 17 nuovo Codice Appalti</i>) <p>3. GESTIONE DEI CONTRATTI</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Firma del contratto; ✓ Esecuzione del contratto; ✓ Pagamenti destinati al contraente (pagamenti intermedi all’esito della presentazione da parte dell’appaltatore dello stato d’avanzamento lavori (SAL), effettuazione delle verifiche necessarie per i pagamenti, eventuali penali, collaudi); ✓ Risoluzione di eventuali problemi (Modifiche ai contratti ecc.); ✓ Relazione finale. (<i>artt. 18. nuovo Codice Appalti</i>)
---	---

<p>Procedure di affidamento</p>	<p>Le Procedure di affidamento riguardano: l'affidamento di lavori, servizio forniture o di incarichi di progettazione mediante appalto; l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione; l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee. Tipologie di procedure di affidamento:</p> <p>A) PROCEDURA AGGIUDICATA ALL'OEPV:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ «Procedure aperte», le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta; ✓ «Procedure ristrette», le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati; ✓ «procedure competitive con negoziazione», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto; ✓ «dialogo competitivo», una procedura di affidamento nella quale l' stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; ✓ «procedura negoziata senza pubblicazione del bando»: sono le procedure utilizzabili in pochissimi casi predeterminati, in cui l'amministrazione aggiudicatrice avvia trattative contrattuali con uno o più fornitori; ✓ «partenariato per l'innovazione»: l'amministrazione aggiudicatrice utilizza un approccio negoziale per invitare gli operatori a presentare idee per lavori, servizi o prodotti innovativi diretti a rispondere ad esigenze che non possono essere soddisfatte acquistando «prodotti» esistenti sul mercato. <p>B) PROCEDURA AGGIUDICATA AL MINOR PREZZO</p> <ul style="list-style-type: none"> - Procedura aperta; Procedura ristretta; Procedura competitiva con negoziazione; Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara
---------------------------------	--

	<p><i>(artt. 17-18 e Allegato I.3. nuovo Codice appalti).</i></p>
--	---

<p>Progettazione di beni e servizi</p>	<p>La progettazione in materia di lavori pubblici con il nuovo Codice dei contratti ex art.41 del D.Lgs n.36/2023, si articola, secondo due livelli in:</p> <ul style="list-style-type: none"> • progetto di fattibilità tecnica ed economica • progetto esecutivo. <p>La progettazione è intesa ad assicurare:</p> <ul style="list-style-type: none"> • il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività • la qualità architettonica e tecnico funzionale e di relazione nel contesto dell'opera • la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza • un limitato consumo del suolo • il rispetto dei vincoli idrogeologici, sismici e forestali nonché degli altri vincoli esistenti • il risparmio e l'efficientamento ed il recupero energetico nella realizzazione e nella successiva vita dell'opera, nonché la valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere; • la compatibilità con le preesistenze archeologiche • la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture • la compatibilità geologica, geomorfologica, idrogeologica dell'opera • accessibilità e adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche. <p>Per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria può essere omesso il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso (comma 5)</p> <p><i>(Art. 41 -Allegato I.7 e Allegato I.8 Nuovo Codice Appalti – ex D.Lgs n.36/2023)</i></p>
--	---

<p style="text-align: center;">RUP – Responsabile Unico del Progetto</p>	<p>Le stazioni appaltanti individuano un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi della programmazione, progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione – per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante contratto pubblico. Compiti del RUP:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione; b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure; d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari; f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento; g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati; i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.
--	--

<p>Subappalto</p>	<p>In via preliminare va precisato che " I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'art.120, comma 1 , lettera d), la cessione del contratto è nulla. E' altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera" (art.119 ,1° comma, D.Lgs 36).</p> <p>Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore</p> <p>Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.</p> <p>Il nuovo codice ha previsto anche il "subappalto a cascata", a seguito dei rilievi formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE, superando il divieto di limitazioni al ricorso al c.d. subappalto di subappalto, previsto dall'art.105 del precedente Codice ex D.Lgs n.50/2016.</p> <p>Le stazioni appaltanti indicano, nei documenti di gara, le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario (che quindi non possono essere affidate in subappalto) per le specifiche caratteristiche dell'appalto(art.119, comma 2, dlgs n.36). Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto (omissis)"(art. 119, comma 17, nuovo Codice Appalti).</p>
-------------------	--

GLOSSARIO "FONDI STRUTTURALI E DI INVESTIMENTO EUROPEI" (SIE)

<p>Fondi SIE – Fondi strutturali ed investimenti europei</p>	<p>Fondi che forniscono sostegno nell'ambito della politica di coesione, cioè Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), Fondo sociale europeo (FSE), e Fondo di coesione (FC), Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (FEAMP). Il FESR e il FSE insieme costituiscono i "fondi strutturali" (Considerando 2 e art. 1 del Regolamento (UE) 1303/2013)</p>
<p>SI.GE.CO. – Sistema di gestione e controllo</p>	<p>È necessario che gli Stati membri designino per ciascun programma operativo</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ un'autorità di gestione (AdG) ✓ un'autorità di certificazione (AdC) ✓ un'autorità di audit (AdA) funzionalmente indipendenti <p>(Considerando 106 e artt. 123 e ss del Regolamento UE n. 1303/2013)</p> <p>Il sistema di gestione e controllo (SI.GE.CO.) dei Programmi cofinanziati dai Fondi SIE è un insieme di strumenti e procedure atti a fornire alla Commissione europea la garanzia di regolarità e correttezza dei finanziamenti erogati per la realizzazione delle operazioni/progetti attuati a livello nazionale con il sostegno dei Fondi SIE. (Regolamento UE n.1303/2013; Regolamento Finanziario n. 966/2012; Allegato II Accordo di Partenariato Italia 2014-2020)</p> <p>Il Regolamento di esecuzione (UE) 1011/2014 nell'allegato III, fornisce</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ il modello per la descrizione delle funzioni e delle procedure di Autorità di Gestione (AdG) e Autorità di Certificazione (AdC) ✓ i modelli per la presentazione di determinate informazioni alla Commissione (ad es. il modello da utilizzare per la trasmissione di dati finanziari o per le domande di pagamento) ✓ le norme dettagliate concernenti gli scambi di informazioni tra beneficiari, AdG, AdC, AdA ed Organismi intermedi (OI) I principi generali e le finalità che governano il SI.GE.CO. per la programmazione 2014/2020)

<p style="text-align: center;">PO Programmi Operativi</p>	<p>I fondi SIE sono attuati mediante programmi conformemente all'Accordo di partenariato tra Stato membro e Commissione europea. Ciascun programma, con la programmazione comunitaria 2014-2020, ha coperto il periodo compreso fra il 10 gennaio 2014 e il 31 dicembre 2020. La programmazione dovrebbe garantire la coerenza con il Quadro Strategico Comune per il settennio e l'Accordo di partenariato, il coordinamento dei fondi SIE con gli altri strumenti di finanziamento esistenti e con l'intervento della Banca europea per gli investimenti, se del caso. I programmi sono elaborati dagli Stati membri, in cooperazione con i partner istituzionali e con il partenariato economico e sociale. (<i>Considerando 27</i>, artt. 26 e ss. del Regolamento generale 1303/2013)</p> <p>I PO possono essere regionali (POR) o nazionali (PON). I Programmi operativi cofinanziati dal fondo FEASR sono i Programmi di Sviluppo Rurale (PSR).</p>
<p style="text-align: center;">AdG - Autorità di gestione</p>	<p>La gestione dei programmi supportati dalla politica di coesione è responsabilità degli Stati membri e viene affidata (inclusa la definizione, la pubblicazione e l'aggiudicazione dei bandi, il monitoraggio dei progetti, l'erogazione dei contributi, ecc.) ad Autorità di gestione (AdG) che gestiscono i singoli programmi, selezionano i progetti e monitorano la realizzazione in generale. L'Autorità di gestione è la responsabile principale dell'attuazione efficace ed efficiente dei fondi e del FEAMP e svolge le funzioni connesse alla gestione e al controllo del programma, alla gestione e ai controlli finanziari, nonché alla scelta dei progetti. E' inoltre responsabile della definizione del Piano di valutazione e della Strategia di Comunicazione del Programma, e di istituire un sistema di registrazione e conservazione informatizzata dei dati (SIGMA), al fine di garantire lo scambio elettronico di dati e documenti tra i soggetti coinvolti nell'attuazione del Programma. (<i>Considerando 108</i>, artt. 123 e ss.; art. 125 del Regolamento generale 1303/2013)</p>

<p style="text-align: center;">AdC - Autorità di certificazione</p>	<p>L'Autorità di certificazione di un programma operativo è incaricata dei compiti seguenti:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) elaborare e trasmettere alla Commissione le domande di pagamento e certificare che provengano da sistemi di contabilità affidabili, siano basate su documenti giustificativi verificabili e sono state oggetto di verifiche da parte dell'autorità di gestione; b) preparare i bilanci e certificarne la completezza, esattezza e veridicità e che le spese in esse iscritte sono conformi alle regole sull'ammissibilità delle stesse; c) mantenere una contabilità informatizzata delle spese dichiarate alla Commissione e del corrispondente contributo pubblico versato ai beneficiari, nonché degli importi recuperabili e degli importi ritirati, a seguito della soppressione totale o parziale del contributo a un'operazione. <p>(artt. 123 e ss.; art. 126 del Regolamento generale 1303/2013)</p>
<p style="text-align: center;">AdA - Autorità di audit</p>	<p>L'Autorità di audit garantisce lo svolgimento di attività di controllo sul corretto funzionamento del sistema di gestione e controllo del programma operativo e su un campione adeguato di operazioni sulla base delle spese dichiarate.</p> <p>(artt. 123 e ss.; art. 127 del Regolamento generale 1303/2013)</p>
<p style="text-align: center;">Organismo intermedio</p>	<p>Qualsiasi organismo pubblico o privato che agisce sotto la responsabilità di un'autorità di gestione o di certificazione o che svolge mansioni per conto di questa autorità nei confronti dei beneficiari che attuano le operazioni. L'organismo intermedio può essere designato per lo svolgimento di determinati compiti dell'autorità di gestione o di certificazione, oppure gli può essere affidata la gestione di parte del PO tramite "sovvenzione globale"(art. 2 punto 18; art. 123 paragrafi 6 e 7 Regolamento (UE) 1303/2013).</p>

<p>Beneficiari dei Fondi</p>	<p>Il budget europeo è organizzato sulla base di cicli pluriennali di programmazione corrispondenti a sette anni ciascuno. Attualmente siamo nel ciclo di programmazione 2021-2027.</p> <p>Sono molti i soggetti potenziali beneficiari dei fondi europei.</p> <p>Tra questi: le Imprese; le Università e Centri di ricerca; le Organizzazioni no profit; le Autorità nazionali; gli Enti locali; i singoli ricercatori ecc..</p> <p>Possono essere organismi pubblici o privati e, ai fini del regolamento FEASR e del regolamento FEAMP, anche persone fisiche, responsabili dell'avvio o dell'avvio e dell'attuazione delle operazioni.</p> <p>Nel quadro dei regimi di aiuti di Stato il beneficiario è l'organismo che riceve l'aiuto; nel quadro degli strumenti finanziari l'organismo che attua lo strumento finanziario. In relazione a operazioni di Partenariato Pubblico Privato un beneficiario può essere: a) l'organismo di diritto pubblico che ha avviato l'operazione; b) un organismo di diritto privato di uno Stato membro (il "partner privato") che è o deve essere selezionato per l'esecuzione dell'operazione.</p> <p>(art. 2 punto 10; art. 63.1 del Regolamento (UE) n. 1303/2013).</p>
<p>La Programmazione LEADER e i GAL</p>	<p>“LEADER” (Liason Entre Actions de Développement de l’Economie Rurale) è uno degli strumenti più consolidati delle Politiche UE. E’ in atto la Programmazione 2023-2027. Esso sostiene lo sviluppo delle aree rurali attraverso un approccio locale, basato sulle risorse territoriali e la elaborazione di strategie integrate, multisettoriali ed innovative, che viene realizzato attraverso i partenariati locali organizzati in Gruppi di Azione Locale (GAL), la cui finalità è quella di strutturare e porre in essere una strategia partecipativa di sviluppo delle aree rurali partendo dalle esigenze specifiche dei territori (approccio bottom-up). Lo sviluppo locale di tipo partecipativo è regolato dall’art.31 e sss., del Regolamento (UE) 2021/1060, e dall’art.77, comma 1, lettera c) del Regolamento (UE) 2021/2115.</p>

PRINCIPALI NORME DI RIFERIMENTO RICHIAMATE NEL TESTO

<p>Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (G.U. dell'Unione Europea 18.2.2021) PNRR: (Decreto legge 31 maggio 2021 n.77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n.108-G.U. 30 luglio 2021, n.18 -; Decreto legge 6 novembre 2021, n.152 convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n.233 -G.U. 31.12.2021 n.310-S.O: n.48)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) attraverso due macro-tappe del settore dei contratti pubblici: la prima in via d'urgenza attraverso il D.L. n.77/2021; ed una seconda tappa attraverso la riforma complessiva del previgente Codice degli appalti pubblici (di cui al D.Lgs n.50/2016) e del quadro normativo allo steso collegato con il Decreto legislativo n.36/2023. Il tutto con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, invariate.
<p>Legge 21 giugno 2022, n.78(Delega al Governo in materia di contratti pubblici) (G.U. 24 giugno 2022 n.146); Decreto legislativo 31 marzo 2023, n.36 (GU Serie Generale n.77 del 31-03-2023 – S.O. n. 12)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Il Decreto legislativo n.36/2023, è stato adottato dal Governo in attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n.78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", al fine di adeguare la predetta disciplina, di cui al D.Lgs n.50/2016 e 56/2016, a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali,, e di riordinare e semplificare la regolamentazione vigente in materia di contratti pubblici al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea. - La Disciplina di dettaglio è affidata prevalentemente a nr. 36 Allegati al D.Lgs n.36/2023.

<p>Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Stabilisce le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori - Si applica alle concessioni il cui valore sia pari o superiore alla soglia comunitaria.
<p>Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici e concorsi pubblici di progettazione nei Settori ordinari, ovvero - Si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie comunitarie.
<p>Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.</p>	<p>Stabilisce per i settori speciali norme sulle procedure per gli appalti indetti da enti aggiudicatori per quanto riguarda appalti e concorsi di progettazione.</p> <p>"Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento per i contratti on valore superiore a una certa soglia. Tale coordinamento è necessario per assicurare l'effetto dei principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza" (p.2 del considerando).</p>

<p>Decisione della Commissione Europea C(2013) 9527 del 13 dicembre 2013 - <i>Orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie da applicare in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici" in relazione al bando di gara, capitolato d'oneri; allo svolgimento delle procedure di gara (valutazione delle offerte)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - E' un documento d'indirizzo sulla base del quale la Commissione opera quando essa stessa riscontra irregolarità; allo stesso tempo, dandone l'opportunità di utilizzo agli Stati Membri, Autorità dei Programmi operativi, al fine di effettuare essi stessi le necessarie correzione sulla base dei medesimi criteri e percentuali, a meno di norme più restrittive - Ha eliminato la differenza tra violazioni negli appalti sotto e sopra soglia (introdotta da una Decisione precedente), individuando un numero superiore di casistiche di irregolarità - Dà specifiche indicazioni anche in merito a casistiche legate alla violazione della normativa comunitaria (ma anche nazionale) in materia di appalti pubblici; - Dà indicazioni affinché eventuali ulteriori fattispecie siano trattate secondo il principio di proporzionalità e, ove possibile, in analogia ai tipi di irregolarità individuate dagli Orientamenti.
<p>Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013</p>	<p>Reca disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (da ora in poi RDC – Regolamento Disposizioni Comuni sui fondi strutturali e di investimento europei (c.d. fondi SIE)</p>
<p>Regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013</p>	<p>Riguarda il sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR)</p>

<p>Regolamento (UE) n. 1306/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013*</p>	<p>sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune *(Sostituito dal Reg.(UE)n.2021/2016)</p>
<p>Regolamento di esecuzione (UE) n. 809/2014 della Commissione, del 17 luglio 2014</p>	<p>“Recante modalità di applicazione del regolamento (UE) n. 1306/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il sistema integrato di gestione e di controllo, le misure di sviluppo rurale e la condizionalità”</p>
<p>Legge 16 giugno 1927, n.1766</p> <p>Legge 5 dicembre 1985, n.730, abrogata dalla legge 20 febbraio 2006 n.96(G.U.16/3/2006 n.63)</p> <p>D.Lgs 18 agosto 2000 n.267(G.U. 28/9/2000,s,o,n.162/L)</p>	<p>“Conversione in legge del R.decreto 22 maggio 1924, n.751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del R.Decreto 28 agosto 1924, n.1484, che modifica l’art.26 del R.decreto 22 maggio 1924, n.751, e del R.decreto 16 maggio 1926, n.895, che proroga i termini assegnati dall’articolo 2 del R.decreto-legge 22 maggio 1924, n.751”;</p> <p>“Disciplina dell’agriturismo”;</p> <p>“Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli Enti locali”;</p>

<p>D.Lgs 18 maggio 2001, n.228 (G.U.n.137 del 15/6/2001-s.o. n.149)</p>	<p>“Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell’art.7 della legge 5 marzo 2001, n.57”;</p>
<p>D.Lgs 29 marzo 2004, n.99 (G.U. n.94 del 22/4/2004)</p>	<p>“Disposizioni in materia di soggetti e attività, integrità aziendale e semplificazione amministrativa in agricoltura (omissis)”;</p>
<p>D.Lgs 3 aprile 2006, n.152 (G.U. n.88 del 14/4/2006-s.o.n.96)</p>	<p>“Norme in materia ambientale”;</p>
<p>Decreto legge 24 febbraio 2023, n.13 - convertito in legge 21 aprile 2023 n.41(G.U. n.94 del 21/4/2023)</p>	<p>“Disposizioni urgenti per l’attuazione di Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l’attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune”</p>
<p>Legge 28 febbraio 2024 n.24 (G.U. n.62 del 14/3/2024)</p>	<p>“Disposizioni per il riconoscimento della figura dell’agricoltore custode dell’ambiente e del territorio e per l’istituzione della Giornata nazionale dell’Agricoltura”</p>
<p>D.L. 2 marzo 2024 n.19 (G.U.n.52 del 2/3/2024)</p>	<p>“Ulteriori disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza”</p>
<p>Legge 15 marzo 2024 n.36(G.U.n.72 del 26/3/2024).</p>	<p>“Disposizioni per la promozione e lo sviluppo dell’imprenditoria giovanile nel settore agricolo”.</p>

Nota bibliografica e sitografica

1. PNRR - Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza - Next generation, su Il Sole 24 Ore Speciale 1/3 Le Riforme, 6 maggio 2021, pag.45.
2. Francesco Cerisano, "Dal Pnrr 21 miliardi per la crescita", su Italia Oggi del 25.11.2023, pag.27.
3. Manuela Perrone, Gianni Trovati, "PNRR, rivisti 145 obiettivi al Repower solo 11,2 miliardi", su Il Sole 24 Ore del 25.11.2023, pag.2.
4. Antonella Baccaro, "Recovery fase 2-Vincitori e vinti -PNRR", su L'Economia del Corriere della Sera del 4.07.2023, pag.4.
5. Agenzia per la coesione territoriale, Accordo di partenariato 2021-2027, su: agenziacoesione.gov.it.
6. Chiara Cavallari, Compendio di diritto dell'Unione europea, Nel diritto Editore,2022, pag.302.
7. IFEL - Dipartimento Supporto ai Comuni e studi politiche europee. Sviluppo Rurale 2023-2027. Quadro programmatico e ruolo dei Comuni", gennaio 2023, pag.4.
8. Rete Rurale Nazionale20142020-Mipaaf-Crea-Ismea, Piano Strategico Della PAC 2023-2027 - Documenti di sintesi, Roma, settembre 2022;
9. Economia e Prospettive delle regioni d'Italia, "La Calabria, Collana diretta da Nicola M.Di Girolamo", Franco Angeli Editore, Milano giugno 1958,pag.37;
10. ISTAT ,7° Censimento Generale dell'Agricoltura 2022, su: www.istat.it;
11. FORMEZ, Guida per la valutazione dei progetti -Manuale UNIDO, 1985, pag.13;
12. Vincenzo Cosentino ed altri, Una politica di intervento per la collina e la montagna-Atti del seminario UNICAL-CeSPE, Rende, 1976, pagg.27,39,55,63;
13. Piero Bevilacqua, "Un'agricoltura per il futuro della terra", Slow Food Editore,2022.
14. W. Gherardi e S. Negroni, "L'impresa agricola multifunzionale (omissis), su: cultura.regione.emilia-romagna.it;
15. Mauro Pennasilico, "Manuale i diritto civile dell'Ambiente", Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2014 pag.92;
16. Fabrizio Marinelli, "Gli Usi Civici", Giuffrè Editore, Milano 2022, pag.250-251;
17. Marco Terrei e Rosalia Terrei," Manuale Operativo sugli appalti", Editore Key, Milano gennaio2022, pagg.17,98,233,281,282;
18. Il Sole 24 Ore – Speciale, "PNRR, Piano nazionale di ripresa e resilienza" 1/3, 6 maggio 2021, pag.70;
19. Pietro Perlingieri, "Il diritto civile nella legalità costituzionale, Vol.I - Metodi e Tecniche, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli 2020, pag.90

20. Mario Di Carlo – Matteo Lorusso, "Intelligenza artificiale e Blockchain": Le procedure automatizzate", su Il Codice degli appalti, Guida Operativa del Il Sole 24 Ore, Milano maggio 2023, pag.49;
21. Lorenza Ponzone, "La nuova disciplina dei contratti pubblici", Nel Diritto Editore, Molfetta -aprile 2023, pagg.44,45,373,377,417;
22. P.L. Gianforte, "Verifica e validazione del progetto: esecutività del progetto e profili di criticità", in: www.lavoripubblici.it, 2018;
23. Rosamaria Berloco, "Riserve negli appalti pubblici", Grafill Editore, Palermo Ottobre 2022, pag.79;
24. ANCI, "Regolamento per gli incentivi alle funzioni tecniche (omissis), a cura di Stefania Dota e Agostino Bultrini, pag.23);
25. Giuseppe Monaco, "I requisiti di ordine generale e le cause di esclusione automatica dalle gare", su Il Codice degli appalti, del Il Sole 24 Ore, Milano Maggio 2023, pag.75);
26. Ornella Cutajar -Alessandro Massari, "Il Codice dei contratti pubblici commentato", Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna,2017, pagg.553-554;
27. Enrico D'Angelillo, "Politiche UE e Sviluppo Rurale nel nuovo ciclo di programmazione", Terza edizione-gennaio 2023, IFEL Fondazione ANCI, pag.58;
28. Giulia Fabrizi – Rita Pescatore, "La revisione prezzi", su Il Codice degli Appalti del Il Sole 24 Ore – Speciale, Milano maggio 2023, pag.17;
29. Giulia Fabrizi – Mario Di Carlo, "Il Subappalto", su Il Codice degli Appalti, Guida de Il Sole 24 Ore, Milano Maggio 2023, pagg.111-114;;
30. Luciano Gallo, ANCI Emilia Romagna, webinar del 10 luglio 2023, su: www.anci.it;
31. Giulio Delfino, "Contratti riservati a cooperative sociali e loro consorzi. Sopra e sotto soglia comunitaria, anche col nuovo codice", su: progettoappalti.it;
32. Daniele Spinelli, "La nuova finanza di progetto", su Il Codice degli appalti -Speciale del Il Sole 24 Ore, Milano, maggio 2023, pag.133;
33. Fabio Francario, "Il Collegio Consultivo Tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo", 15 luglio 2022, su: www.giustiziaisieme.it;
34. Antonio Saitta, "I principi che governano l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici", su Il Codice degli Appalti -Guida de Il Sole 24 Ore, Milano Maggio 2023, pag.22;
35. MEF, "Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (PNRR), Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori", Roma Agosto 2022;
36. Antonio Coscarelli, "Linee di indirizzo per un Piano di Sviluppo Integrato della Valle dell'Esaro", e-Book

37. San Marco Argentano, Ottobre 2019- in: www.diocesisanmarcoscalea.it.