



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 140 del d.lgs. 36/2023 come richiamato dal d.l. 19/9/2023, n. 124 convertito con l. 13/11/2023, n. 162.
Quesito.

UPRE-CONS-0039/2024

FUNZ CONS 19/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 20 dicembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 113772, trattata ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018 come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 24 maggio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023.

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda la corretta interpretazione delle disposizioni dettate dall'art. 140 del d.lgs. n. 36/2023 in relazione al decreto-legge 19 settembre 2023, n. 124 recante "Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione", convertito dalla legge 13 novembre 2023, n. 162. In particolare, laOMISSIS..... riferisce che l'art. 21 del d.l. 124/2023 include i Centri di permanenza per i rimpatri (Cpr) fra i beni destinati alla difesa e sicurezza nazionale e affida alOMISSIS..... la progettazione e realizzazione delle strutture, autorizzandolo a tal fine ad «avvalersi delle procedure di cui all'art. 140 del d.lgs. 36/2023 (codice dei contratti pubblici)», disposizione che riguarda le procedure di somma urgenza e di protezione civile.

La Direzione richiedente rileva che all'interno del citato art. 140 è possibile individuare diversi casi di "somma urgenza", e una diversa gradazione del correlato potere derogatorio, a partire dai casi di carattere più generale (commi da 1 a 10), ai casi più specificamente riferiti alla protezione civile (art. 7 seconda riga), fino ai casi di eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza nazionale (comma 11), ai quali si ricollega la maggiore ampiezza del potere derogatorio. Essa chiede quindi di avere un chiarimento

in ordine al perimetro applicativo dell'art. 140 in relazione all'ambito di intervento riconosciuto dall'art. 21 del d.l. 124/2023 alOMISSIS....., in particolare se in tale ambito sia ammesso esercitare il potere derogatorio nella misura più ampia prevista dall'art. 140 per i casi di dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale. In proposito, la Direzione istante osserva che con delibera del Consiglio dei Ministri dell'11 aprile 2023 veniva dichiarato lo stato di emergenza nazionale a causa dell'eccezionale aumento dei flussi di migranti, e tuttavia tale delibera non era richiamata espressamente all'interno del d.l. 124/2023, pur essendo gli interventi ivi previsti proprio diretti a fronteggiare l'incremento dei flussi migratori. Ne deriva la necessità di dirimere il dubbio interpretativo per sapere se il riferimento alle procedure di somma urgenza recato dall'art. 21 del d.l. 124/2023 comprenda anche quelle derivanti da una dichiarazione di stato di emergenza nazionale, consentendo alla Direzione richiedente di esercitare i più ampi poteri derogatori previsti dalla normativa.

Nel caso di specie, l'elemento che assume rilevanza ai fini della valutazione della questione posta riguarda quindi la possibilità di far rientrare gli interventi previsti dall'art. 21 d.l. 124/2023 che qui interessano, vale a dire la progettazione e realizzazione delle strutture dei Centri di permanenza per i rimpatri, nell'ambito delle procedure di somma urgenza poste in essere a fronte di una dichiarazione di stato di emergenza nazionale, che consentirebbe l'utilizzo dei più ampi poteri derogatori previsti dall'art. 140, comma 11 del codice dei contratti.

Al fine di dirimere il dubbio interpretativo sollevato dall'istante, occorre innanzi tutto ripercorrere le norme richiamate nell'istanza di parere.

Dall'esame del citato decreto-legge 19 settembre 2023, n. 124 recante, fra le altre, disposizioni urgenti in materia di immigrazione, emerge che uno dei presupposti per la sua emanazione risiedeva nella «straordinaria necessità e urgenza di adottare disposizioni in materia di trattenimento presso i Centri di permanenza per i rimpatri e di realizzazione delle strutture di prima accoglienza, permanenza e rimpatrio». Esso prevede l'adozione di un piano straordinario per l'individuazione delle aree interessate alla realizzazione di un numero idoneo di strutture, anche attraverso la valorizzazione di immobili già esistenti, e delle conseguenti attività. Come evidenziato dalla Direzione istante, l'art. 21 ("Progettazione e realizzazione delle strutture di accoglienza, permanenza e rimpatrio") prevede al comma 3 che ilOMISSIS..... è incaricato, attraverso le proprie articolazioni, della progettazione e realizzazione delle strutture indicate dal piano dislocate sul territorio nazionale, le quali sono inserite, «ai fini urbanistici, edilizi, ambientali e al fine dell'affidamento e dell'esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», fra le opere destinate alla difesa e alla sicurezza nazionale di cui all'art. 233 del codice dell'ordinamento militare. A tale ultimo articolo viene poi aggiunto il comma 1-ter, secondo cui «Per la realizzazione delle opere di cui al presente articolo, ilOMISSIS..... è autorizzato ad avvalersi delle procedure di cui all'art. 140 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36».

L'art. 140 del d.lgs. 36/2023, recante "Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile", consente di utilizzare la forma dell'affidamento diretto e in deroga agli artt. 37 (relativo alla programmazione) e 41 (riguardante i livelli e i contenuti della progettazione), «in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, al verificarsi di eventi di danno o di pericolo imprevisti o imprevedibili idonei a determinare un concreto pregiudizio alla pubblica e privata incolumità, ovvero nella ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi» (comma 1). Secondo il comma 6, «Costituisce circostanza di somma urgenza, ai fini del presente articolo, anche il verificarsi degli eventi di cui all'art. 7 del codice della protezione civile di cui al decreto legislativo 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 quindici giorni dall'insorgere dall'evento, oppure entro il termine stabilito dall'eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'art. 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». Infine, il comma 11 dell'art. 140 dispone 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 possibilità di prevedere ulteriori misure derogatorie [...] gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi possono essere affidati in deroga alle seguenti disposizioni del presente codice [...]». Il richiamato art. 24 del codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile) prevede che «Al verificarsi degli eventi [...] il Consiglio dei Ministri [...] delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi [...]».

Come noto, le norme connotate da previsioni derogatorie dettate per far fronte a situazioni eccezionali sono norme di stretta interpretazione e non è possibile estenderne la portata oltre i limiti in esse indicati. La Relazione al nuovo codice dei contratti d.lgs. 36/2023 si limita a rilevare che, con riferimento ai contratti e alle procedure di affidamento urgenti, si è ritenuto di non intervenire sulle varie e gradate fattispecie di urgenza variamente qualificate previste dall'art. 163 del codice previgente, né sulle previsioni di dettaglio. Sul tema, la recente giurisprudenza (Corte dei Conti Veneto, Sez. contr., Delib. 8 gennaio 2024, n. 2) ha evidenziato che per la procedura di somma urgenza il legislatore, pur in presenza dell'evoluzione normativa che ha interessato i contratti pubblici (art. 163 del d.lgs. n. 50/2016, oggi trasfuso nell'art. 140 del nuovo codice approvato con d.lgs. n. 36/2023), «ha mantenuta ferma nel tempo la connessione con fattispecie caratterizzate da particolari situazioni emergenziali, ossia da "circostanze che non consentono nessun indugio" o la "previsione del loro imminente verificarsi", della rigorosa disciplina derogatoria che, in quanto tale, impone una interpretazione ed applicazione rigorosa e restrittiva».

Nel caso oggetto del presente parere, la Direzione istante pone in rilievo che la delibera del Consiglio dei Ministri 11 aprile 2023 dichiarava lo stato di emergenza di rilievo nazionale al fine di fronteggiare l'eccezionale incremento dei flussi di migranti in ingresso. Tale delibera, tuttavia, pur avendo ad oggetto la situazione di emergenza dovuta all'aumento dei flussi migratori, non risulta richiamata all'interno del d.l. 124/2023 che reca, come visto, disposizioni urgenti in materia di immigrazione e attribuisce alOMISSIS..... i compiti di progettazione e realizzazione delle strutture di prima accoglienza, permanenza e rimpatrio.

In relazione alla delibera del Consiglio dei Ministri 11 aprile 2023, si osserva che essa dichiara lo stato di emergenza sull'intero territorio nazionale per un periodo di tempo limitato di sei mesi e stabilisce che «Per l'attuazione degli interventi maggiormente urgenti da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza [...] si provvede con ordinanze [...] in deroga a ogni disposizione vigente», limitando quindi il potere derogatorio entro i limiti temporali del permanere dello stato di emergenza. Lo stato di emergenza previsto dalla delibera in parola è stato, da ultimo, prorogato nuovamente con delibera del Consiglio dei Ministri del 9 aprile 2024 per ulteriori sei mesi, in considerazione dell'eccezionale incremento dei flussi di persone migranti in ingresso sul territorio nazionale.

In merito all'ampiezza dei poteri esercitabili dalOMISSIS..... nell'ambito delle competenze ad esso attribuite dall'art. 21 del d.l. 124/2023, occorre quindi considerare che, sebbene la delibera che dichiara lo stato di emergenza sull'intero territorio nazionale non sia espressamente richiamata dal d.l. 124/2023, entrambi i provvedimenti intervengono sulla stessa materia e dettano disposizioni ispirate alla medesima finalità di intervenire con urgenza per far fronte all'eccezionale incremento dei flussi migratori. L'identità dell'ambito di applicazione delle disposizioni appena richiamate consente di valorizzare tale finalità precipua, che è alla base sia delle delibere di C.d.M. sia dell'art. 21 del d.l. 124/2023. Il decreto-legge è dettato, infatti, dalla «straordinaria necessità e urgenza di adottare disposizioni in materia di trattenimento presso i Centri di permanenza per i rimpatri e di realizzazione delle strutture di prima accoglienza, permanenza e rimpatrio» e, come visto, include i Centri di permanenza per i rimpatri (Cpr) fra i beni destinati alla difesa e sicurezza nazionale e affida al

.....OMISSIS..... la progettazione e realizzazione di tali strutture autorizzandolo ad avvalersi delle procedure di cui all'art. 140 del d.lgs. 36/2023.

Si ritiene pertanto che la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale dettata con le delibere del Consiglio dei Ministri 11 aprile 2023, prorogato, da ultimo, di altri sei mesi, con delibera del 9 aprile 2024, possa costituire idoneo presupposto per l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 140, comma 11 del codice dei contratti pubblici in relazione ai predetti interventi di cui all'art. 21 del d.l. 124/2023.

Occorre solamente rimarcare che le dichiarazioni dello stato di emergenza di rilievo nazionale sono di norma temporalmente limitate, ed è pertanto entro tali limiti che necessariamente va circoscritto l'esercizio dei più ampi poteri derogatori previsti dal citato comma 11.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente