

Rapporti tra situazioni di emergenza e legislazione sugli appalti

di Monica Galano

Data di pubblicazione: 20-12-2016

1. Definizione e quadro normativo di riferimento.- 1.2 Soggetti attuatori e regime derogatorio. -
2. Le situazioni di emergenza alla luce del Nuovo Codice degli Appalti (D. Lgs. 50/2016. - 3. I
c.d. "Decreti Terremoto" (D. L. 17 ottobre 2016 n. 189 ed il D.L. 11 novembre 2016 n. 205).

1. Definizione e quadro normativo di riferimento.

L'art. 2, co. 1, lett. c della L. 24/2/1992 n. 225 (istitutiva del Servizio Nazionale di Protezione Civile) definisce calamità naturali quegli eventi che, in ragione della loro intensità ed estensione, necessitano "*con immediatezza di intervento*" di essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari, da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo.

Trattasi di una definizione basata unicamente su di un criterio oggettivo (*tutti gli interventi che per intensità ed estensione necessitano di essere fronteggiati con poteri e mezzi straordinari*) che prescinde dalle cause che hanno determinato gli eventi e che ha di mira unicamente la tutela della integrità della vita, degli insediamenti e dell'ambiente, al fine di preservarli dai danni o anche solo dal pericolo di danni (cfr: il Consiglio di Stato Sez. IV, Sentenza n. 2361 del 19 aprile 2000).

Basta, dunque, il solo pericolo di danno a far scattare, nella Pubblica Amministrazione, i meccanismi straordinari, propri degli stati di emergenza, il che rende la misura del peso che, valori come l'integrità della vita, degli insediamenti e dello stesso ambiente, assumono nel nostro Ordinamento.

Il successivo art. 5 definisce le modalità di attuazione degli interventi ed i poteri di ordinanza all'uopo previsti. In esso si legge: "*Al verificarsi degli eventi di cui all'art. 2, comma 1, lettera c) calamità naturali, catastrofi ed altri eventi che, per estensione ed intensità, richiedono l'intervento di poteri e mezzi straordinari ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero su sua delega, di un Ministro con portafoglio o del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri Segretario del Consiglio, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato di emergenza, fissandone la durata (che non può superare i 180 giorni, prorogabili di soli ulteriori 180) e determinando l'estensione territoriale con specifico riferimento alla natura ed alla qualità degli eventi e disponendo in*

ordine all'esercizio del potere di ordinanza".

Con la stessa delibera dichiarativa dello stato di emergenza sono, poi, individuate le risorse finanziarie destinate ai primi interventi di emergenza, in attesa che si proceda alla ricognizione ed individuazione degli effettivi fabbisogni.

È evidente, dalla lettura della norma, come l'apprezzamento dello stato di emergenza e la scelta delle misure necessarie per farvi fronte siano rimessi alla più ampia discrezionalità della P.A.; discrezionalità che, tuttavia, non può e non deve tradursi in una assoluta insindacabilità delle determinazioni assunte (In tal senso si veda anche: TAR del Lazio Sez. I sent. n. 6352/2009). Queste ultime, infatti, sebbene non necessitino di ampia motivazione, non sfuggono, al sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria amministrativa ove manifestamente illogiche, ovvero basate su un'erronea percezione della realtà o, comunque, non supportate da elementi oggettivi idonei.

Sul piano contabile in quanto demandata al Consiglio dei Ministri e rappresentando, quindi, la formale esternazione della volontà di un organo collegiale, la dichiarazione dello stato di emergenza non è sottoposta al controllo preventivo di legittimità ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. a della legge 20 del 1994.

1.2 Soggetti attuatori e regime derogatorio.

L'art. 5 prosegue con l'individuazione dei soggetti attuatori, che non sono soltanto i componenti del Servizio Sanitario Nazionale, della Protezione Civile. Il comma 4, a tal proposito, dispone che il Capo del Dipartimento della Protezione Civile può avvalersi di Commissari delegati le cui funzioni cessano con la scadenza dello stato di emergenza.

Trattasi, in ogni caso, di poteri ben circoscritti. I provvedimenti di delega devono, infatti, individuare i tempi e le modalità di svolgimento dell'incarico riconoscendo la possibilità di provvedere anche in deroga delle disposizioni normative vigenti.

Tale ultimo aspetto assume particolare valenza in presenza di situazioni c.d. emergenziali.

Con la dichiarazione dello stato di emergenza, infatti, sono previste deroghe agli schemi ordinari dell'azione amministrativa non potendo la ponderazione e comparazione degli interessi in gioco seguire le regole ed i criteri che governano l'azione pubblica in situazioni c.d. ordinarie. A tal proposito, sempre l'art. 5 cit. dispone che per l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza si provvede anche a mezzo di ordinanze in deroga alle disposizioni vigenti.

Ci si pone, così, il problema di capire quale sia la portata della deroga e quali siano i limiti che nel nostro Ordinamento incontra il potere derogatorio proprio delle situazioni eccezionali quale quelle di somma urgenza.

Innanzitutto si tratta di limiti c.d. “temporali”, strettamente connessi alla durata dello stato di emergenza, che, come visto, non può superare il limite massimo di 360 giorni, comprensivi anche dell'eventuale proroga.

Oltre che di natura temporale, i limiti che il potere di deroga incontra sono anche di natura sostanziale (di contenuto) non potendo lo stesso prescindere dal rispetto dei principi generali dell'Ordinamento.

Sul punto il Consiglio di Stato ha osservato (cfr. Sez. IV, sent. 5799 del 28.10.2011) che l'esercizio di poteri derogatori della normativa primaria è consentito solo a condizione che si tratti di deroghe temporalmente limitate - non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti - e sempre che tali poteri siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio, non potendo, in particolare, il loro impiego realizzarsi senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione.

La necessità di un nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza ed il potere derogatorio all'uopo previsto è stata evidenziata dalla stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 127 del 14/4/1995, che ha affermato che il potere di deroga alla normativa primaria conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza abbia carattere eccezionale ed esiga la sussistenza di un nesso di congruità e proporzione tra la qualità e la natura dell'evento calamitoso e le misure concretamente adottate per fronteggiarlo.

Il suddetto nesso di strumentalità è dunque principio materiale al cui rispetto deve comunque piegarsi il potere di ordinanza e soltanto la sua sussistenza può giustificare la deroga di atti normativi primari quali le leggi fondamentali in materia di urbanistica, edificabilità dei suoli, lavori pubblici ed espropriazione.

Sempre con riferimento ai poteri derogatori ed ai limiti che questi incontrano, anche in situazioni di somma urgenza è, poi, utile richiamare un'interessante decisione delle SS.UU. della Cassazione (Cass. SS.UU. sent. n. 8313 dell'8/4/2010) che, in tema di emergenza ambientale nel settore dello smaltimento dei rifiuti, ha osservato come *“il potere di determinare la tariffa per la gestione dei rifiuti urbani, prevista dall'art. 49 d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, non si è trasferito dall'Ente locale alle Società di ambito per la gestione integrata del servizio, costituite alla stregua delle ordinanze dichiarative dello stato di emergenza atteso che dette ordinanze, ancorché emanate ai sensi dell'art. 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992 n. 225, e potendo, quindi disporre in deroga ad ogni disposizione vigente - devono, comunque, operare nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, tra i quali rientra quello della riserva di legge in materia di esercizio del potere impositivo (art. 23 Cost.) che non può essere delegato ad Enti non direttamente investiti “ex lege”, della potestas impositionis, sia perché l'attribuzione di un potere straordinario di imposizione fiscale è possibile solo se espressamente contenuto nei limiti cronologici dell'emergenza, mentre la tariffa opera per tutti i periodi successivi di imposta, anche quando l'emergenza stessa sia superata. Né detto trasferimento può ritenersi incluso nella sanatoria dei provvedimenti emergenziali prevista dall'art. 1 Ter del D.L. 7 febbraio 2001 n. 15 convertito, con modificazioni, nella legge 8/4/2001 n. 62, non potendosi, in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico - da rispettare*

anche in un contesto emergenziale- ritenere una società di diritto privato investita "a posteriori" di un potere impositivo che nemmeno "ex ante" poteva essere trasferito".

In definitiva, l'esigenza sottesa alle ordinanze emanate dal Consiglio dei Ministri per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti al verificarsi di eventi calamitosi eccezionali è quella di intervenire tempestivamente e nel più breve tempo possibile anche attraverso deroghe alle disposizioni normative vigenti. Tale potere non è tuttavia illimitato ed arbitrario, ma incontra dei limiti nel rispetto di principi generali dell'ordinamento, dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità tra i provvedimenti e la situazione oggettiva considerata.

Il quadro normativo sopra delineato si completa con il richiamo al D. L. 7/9/2001 n. 243 (convertito in legge 9/11/2001 n. 401) recante "Disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture logistiche nel settore della difesa civile"; al D.L. 4/11/2002 n. 286) - emanato in occasione degli eventi sismici che, nell'ottobre 2002, interessarono le Regioni Molise, Sicilia e Puglia - che disciplina sempre lo svolgimento da parte del Dipartimento della protezione civile delle iniziative atte a fronteggiare situazioni emergenziali ma, questa volta d'intesa, con i vertici delle Regioni interessate.

2. Le situazioni di emergenza alla luce del Nuovo Codice degli Appalti (D. Lgs. 50/2016).

Le situazioni di emergenza conseguenti al verificarsi di eventi calamitosi ed il potere derogatorio ad esse connesso assumono una particolare valenza nella disciplina di contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016).

In particolare nel Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n 50 (di attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) le procedure di somma urgenza sono disciplinate dall'art. 148, comma 7 (per i lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, scavi archeologici) e dall'art. 163 (per i lavori, i servizi e le forniture che interessano beni ordinari).

Per i **beni culturali**, l'art. 148, comma 7, citato, contempla la possibilità, nei casi di somma urgenza, di procedere all'esecuzione dei lavori mediante affidamento diretto da parte del Responsabile del Procedimento, figura chiave cui è demandato anche il compito di definire, sulla base di un preventivo presentato dall'affidatario o, per mancanza, attraverso l'utilizzo dei percorsi ufficiali ridotti, il corrispettivo delle prestazioni..

Unica condizione è il rispetto della soglia massima di € 300.000,00.

Per lavori di importo superiore, infatti, l'affidamento diretto è ammesso solo in via eccezionale, in presenza di particolari condizioni.

Per i **beni ordinari**, invece, l'art. 163 contempla due ipotesi di somma urgenza: nel primo caso (comma 1 dell'art. 163) il responsabile del procedimento o il tecnico dell'Amministrazione

possono disporre - contemporaneamente alla redazione di un verbale in cui sono indicati i motivi dello stato di emergenza, le cause che lo hanno determinato ed i lavori necessari per rimuoverlo - l'immediata esecuzione dei lavori, previo affidamento diretto ad operatori di loro scelta, entro il limite di € 200.000,00 o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio.

Tipico, secondo la giurisprudenza Amministrativa (Tar Lazio, Sez II Ter 2535/07) è il caso di una stazione appaltante che, nell'impossibilità di prorogare ulteriormente l'affidamento del servizio all'attuale affidataria per la ritenuta necessità di migliorarne la qualità, ha l'esigenza di procedere con estrema urgenza ad affidare, il servizio ad altra Ditta per il tempo necessario a capire l'ipotizzata durata dei giudizi avverso la precedente gara, la cui proposizione non costituisce di certo circostanza prevedibile. Al pari di quanto non è prevedibile l'inadempimento o il fallimento dell'affidatario che generano, come nell'ipotesi precedente, situazione di somma urgenza cui dover porre rimedio.

Anche in tal caso il corrispettivo delle prestazioni è definito di comune accordo con l'affidatario. In difetto la stazione appaltante può ingiungere all'affidatario l'esecuzione dei lavori o la somministrazione dei materiali sulla base dei prezzi risultanti dai prezzari ufficiali con una riduzione del 20%.

Il IV comma continua con il definire l'attività del responsabile del procedimento (o tecnico incaricato) cui spetta il compito di redigere, oltre al verbale di somma urgenza, una perizia giustificativa dei lavori trasmettendola alla Amministrazione interessata che provvede alla copertura della spesa ed alla approvazione dei lavori.

Altra ipotesi è quella contemplata dal VI comma dell'art. 163, a tenore del quale costituisce circostanza di somma urgenza il verificarsi di eventi calamitosi di cui all'art. 2, comma 1, lettera c della L. 225 del 1992, ovvero la ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi che richiede l'adozione di misure indilazionabili nei limiti dello stretto necessario imposto da tali situazioni.

In tal caso la circostanza di somma urgenza persiste fin quando non siano eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento calamitoso che ha generato la declaratoria dello stato di emergenza.

Anche in tale ipotesi, come facilmente prevedibile, anche in ragione del richiamo alla normativa di riferimento (L. 225/92), sono previste deroghe alle disposizioni di legge primaria, prima fra tutte, quella relativa alla procedura di affidamento dei lavori.

Nello specifico, l'esame delle disposizioni contenute nel nuovo codice degli appalti e disciplinanti situazioni di somma urgenza, ci consente di trarre delle indicazioni in ordine all'ambito di operatività del potere derogatorio facente capo, in detti contesti, alle Amministrazioni pubbliche.

In particolare, il regime derogatorio riguarda prevalentemente la figura del responsabile del procedimento (che abbiamo visto assume un ruolo determinante nella gestione ed affidamento

dei lavori) le procedure di scelta del contraente, le modalità di pubblicazione dei bandi ed i relativi termini, i criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse. Nessuna deroga è invece prevista per l'azione dell'Autorità di Vigilanza atteso che le valutazioni di quest'ultima non hanno carattere obbligatorio né vincolante e, dunque, non sono di ostacolo alle finalità sottese al regime derogatorio volto allo snellimento delle procedure di appalto.

L'esigenza primaria cui assolve l'Autorità è, infatti, quella di garantire il rispetto dei principi fondamentali quali l'economicità, l'efficacia, la tempestività, la correttezza, la libera concorrenza, la parità di trattamento, la non discriminazione, la trasparenza, la proporzionalità, che mai e per nessun motivo possono essere derogati, tanto più se si considera la loro derivazione Comunitaria (si pensi alla direttiva 2004/17/CE e 2004/18/CE).

In estrema sintesi - il regime derogatorio previsto per le circostanze di somma urgenza, prima fra tutte quelle consequenziali al verificarsi di eventi calamitosi, ha quale unico scopo quello di rendere più snelle le procedure e non, al contrario, quello di pregiudicare il controllo o, ancor più, il rispetto dei principi fondamentali quali il possesso delle certificazioni, l'assolvimento degli obblighi contributivi, il rispetto della normativa sull'impiego della mano d'opera e della sicurezza. Tali principi, in quanto destinati alla tutela di beni primari non subiscono alcuna deroga, nemmeno in presenza di situazioni eccezionali quali quelle determinate dal verificarsi di una calamità naturale.

3. I c.d. "Decreti Terremoto" (D. L. 17 ottobre 2016 n. 189 ed il D.L. 11 novembre 2016 n. 205)

Di assoluta attualità sono, oggi, i c.d. "Decreti Terremoto" (ovvero il D. L. 17 ottobre 2016 n. 189 ed il D.L. 11 novembre 2016 n. 205) emanati a seguito degli eventi sismici che hanno colpito i territori di Marche, Umbria e Lazio e che costituiscono l'applicazione pratica delle disposizioni del nuovo codice degli appalti per le ipotesi di somma urgenza.

Entrambi i decreti riconoscono, infatti in ragione dell'emergenza e della necessità di far fronte alle esigenze abitative delle popolazioni terremotate, le condizioni di estrema urgenza di cui all'art. 163 del codice degli appalti e autorizzano il dipartimento della Protezione Civile ad effettuare procedure negoziate anche finalizzate alla individuazione contestuale di una pluralità di aggiudicatori per la stipula di contratti di fornitura noleggio dei container.

Per gli interventi di ricostruzione del patrimonio storico artistico, il decreto prevede che per i lavori, i servizi, e le forniture di somma urgenza trovino applicazione le disposizioni di cui agli artt. 148 co. 7 e 163 codice appalti, demandando ai Comuni interessati il compito di intervenire direttamente e porre in essere gli interventi indispensabili per la messa in sicurezza dei beni culturali.

Il tutto ovviamente attraverso procedure rapide e trasparenti tipiche del contesto in cui si interviene.