

Determinazione n. 4 del 21/4/2004

Oggetto: Appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali ed ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi.

IL CONSIGLIO

Premesso :

A seguito del Comunicato di questa Autorita' "Segnalazioni su fatti specifici", pubblicato sulla G.u.R.I. del 6 febbraio 2002, sono pervenute numerose comunicazioni, da parte di stazioni appaltanti, relative ad appalti di lavori pubblici affidati mediante la procedura della trattativa privata, ai sensi di normative speciali emanate in occasione di eventi calamitosi.

Dalle segnalazioni esaminate, si e' riscontrato che buona parte degli affidamenti a trattativa privata sono avvenuti ai sensi di due provvedimenti di emergenza, entrambi volti a finanziare interventi urgenti di ripristino delle opere danneggiate da eventi calamitosi :

1. l'ordinanza di necessita' ed urgenza n.3090/2000, emanata dal Ministero dell'Interno, a seguito degli eventi alluvionali dell'ottobre 2000 ;
2. la legge N.61/1998, di conversione del D.L. n.6/1998 .

Tali provvedimenti di emergenza, finalizzati a consentire l'esecuzione dei lavori di recupero in tempi ridotti, incompatibili con le procedure ad evidenza pubblica, hanno consentito la deroga alla restrittiva disciplina sull'affidamento mediante trattativa privata dettata dall'art.24, legge 109/94 e s.m.i.

Visto il frequente ricorso alle sopra descritte modalita' di affidamento, si e' ritenuto opportuno approfondire i limiti entro i quali le medesime possano ritenersi legittime, precisando, altresì, che le considerazioni che seguiranno, pur facendo riferimento principalmente a questi due provvedimenti normativi, possono essere estese, per identita' di fattispecie, a tutta la normativa derogatoria emanata in occasione di calamita' naturali, normativa che ha conosciuto nel nostro ordinamento giuridico una straordinaria proliferazione.

* * * * *

Ritenuto in diritto :

Questa Autorita' ha avuto modo in piu' occasioni di approfondire la problematica relativa alla natura delle ordinanze contingibili ed urgenti.

A) In particolare, nella determinazione n.20/2002 del 30.07.02, sono stati precisati i limiti dell'efficacia delle ordinanze d'emergenza, emanate dal Dipartimento per la Protezione Civile, in relazione all'esecuzione di opere pubbliche.

E' stato evidenziato che, poiche' la "ratio" delle ordinanze "*extra ordinem*" e' quella di far fronte a situazioni di speciale urgenza, l'efficacia di tali provvedimenti e' rigorosamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione.

Pertanto, una deroga alle disposizioni vigenti, in base alle ordinanze di emergenza, proprio perche' causata da una situazione eccezionale, non trova logica giustificazione ove permanga "*sine die*".

Se, quindi, gli interventi urgenti che le situazioni di emergenza richiedono non vengono adottati tempestivamente, dette situazioni tendono a consolidarsi, diventando situazioni di disagio permanente (difficolta' abitative, di circolazione ecc..) che, tuttavia, non sono proprie soltanto dei luoghi colpiti da eventi calamitosi, ma di molte parti del territorio nazionale.

In tale evenienza, la deroga alla legge ordinaria ed alle correlate garanzie costituzionali, non trova piu' logica giustificazione poiche' i fatti smentiscono il dichiarato obiettivo di urgenza.

B) La recente determinazione n.1/2004 del 14 gennaio 2004, relativa alle ordinanze emanate dal sindaco per motivi di pubblica sicurezza, ha ulteriormente precisato che la categoria generale delle ordinanze "*extra ordinem*" trova dei limiti inderogabili nei principi generali dell'ordinamento e nei canoni, individuati dalla giurisprudenza costituzionale, della ragionevolezza e della proporzionalita' tra il provvedimento e la realta' circostante, dell'obbligo di motivazione e dell'indicazione delle specifiche disposizioni derogate.

In base ai suddetti canoni di ragionevolezza, si e' potuto concludere che, tra le norme della legge quadro sui lavori pubblici, possano essere derogate quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto.

Con particolare riferimento alla disciplina degli affidamenti diretti per motivi di urgenza (art. 24 della legge quadro - trattativa privata ; art. 146 del DPR 554/99 - lavori d'urgenza, condotti in economia dalla S.A.; art. 147 del DPR 554/99 - provvedimenti in casi di somma urgenza), si e' ritenuto che l'ordinanza sindacale possa rappresentare un presupposto per i successivi affidamenti diretti, derogando alle procedure ad evidenza pubblica.

Il riconoscimento della possibilita' di deroga alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica, a favore di forme di aggiudicazione diretta, trova, pero', per le ordinanze d'urgenza, lo specifico limite, ribadito anche nella citata determinazione n.1/2004, della <<. non essendo configurabili effetti di durata indefinita, in quanto un'efficacia *sine die* contrasterebbe con il carattere eccezionale e temporaneo del provvedimento >>.

Si ritiene che le considerazioni espresse nelle citate determinazioni, in merito alle ordinanze contingibili ed urgenti, possano essere estese anche all'altro strumento giuridico, sovente utilizzato in occasione di eventi calamitosi, e cioe' alle leggi speciali emanate per provvedere a tempestivi interventi di ripristino.

La ratio dei provvedimenti legislativi di emergenza e' la stessa delle ordinanze di necessita' ed il regime giuridico di diritto eccezionale che introducono ha la caratteristica di essere necessariamente temporaneo, in quanto la normativa ordinaria, posta in uno stato di quiescenza, riprende vitalita' una volta trascorso il periodo di sospensione.

Tutta la normativa di emergenza, quindi, e cioe' sia le ordinanze di necessita' che le leggi speciali, e' caratterizzata da un effetto sospensivo ed, al contempo, da imprescindibili limiti temporali di applicazione, poiche' il legislatore non risulta libero di determinare la durata della legislazione d'emergenza, in quanto non puo' rendere vana la tutela costituzionale di alcuni valori garantiti, come la concorrenza.

* * * * *

Tanto premesso, occorre analizzare le concrete previsioni contenute nei provvedimenti di emergenza, in merito alle modalita' di affidamento degli interventi di ricostruzione.

I provvedimenti di emergenza, di solito, stabiliscono la predisposizione, da parte delle regioni interessate, di un piano straordinario che individui le opere danneggiate, sulla base del quale erogare i finanziamenti statali, da ripartire a favore dei singoli interventi, a loro volta specificati nei programmi annuali dei lavori pubblici degli enti locali.

Nei piani di ricostruzione redatti dalle regioni (o dalle province) vengono individuate anche le modalita' di scelta dei contraenti da adottare per l'affidamento di tutti gli appalti di lavori compresi nel programma ed a tali procedure fanno, poi, riferimento gli enti locali nella veste di stazioni appaltanti.

Nella maggioranza dei casi, le regioni indicano la possibilita' di ricorrere alla procedura della trattativa privata, da attuare in deroga alla disciplina ordinaria, come consentito da espresse disposizioni dalla normativa di emergenza.

Per fare un esempio, l'art.2, comma 5 dell'ordinanza ministeriale n.3090/2000 prevede espressamente che .

<< Per l'affidamento delle progettazioni e la realizzazione degli interventi è autorizzata, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, la deroga alle sotto elencate norme: (...) legge 11 febbraio 1994, n. 109, modificata dalle leggi 2 giugno 1995, n. 216, e 18 novembre 1998, n. 415, articolo 6, comma 5, ed articolo 9, 10, comma 1-quater, 14,16,17,19,20,21,23,24,25,28,29,32,34 e le disposizioni del Decreto Presidente Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, strettamente collegate all'applicazione delle suindicate norme; (...)

>> In modo analogo, l'art.14, comma 4, della legge n.61/98 recita testualmente : << Per tutti gli interventi di costruzione, ripristino o restauro di opere pubbliche distrutte o danneggiate (...), si può procedere ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. b), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., fino all'importo di due milioni di ECu, IVA esclusa. L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1 dell'art.24 della legge 11 febbraio 1994, n.109, avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno 15 soggetti concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della citata legge n.109 del 1994 per i lavori oggetto dell'appalto >>.

Queste disposizioni consentono quindi un sistematico ricorso alla trattativa privata (preceduta da gara informale), per tutti gli appalti dei lavori compresi nei piani regionali, al fine di eseguire senza indugio gli interventi di ricostruzione, a prescindere dai limiti (soprattutto di importo) previsti dalla piu' rigorosa disciplina di cui alla legge quadro.

Questa tipologia di affidamenti, a causa delle peculiari modalita' con cui gli appalti vengono concretamente realizzati, pone un problema sostanziale di coerenza con la natura necessariamente

temporanea dei provvedimenti di urgenza che tale disciplina derogatoria introducono.

La discrasia deriva dal fatto che numerose stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione di lavori pubblici a trattativa privata, facendo riferimento alle sopra citate disposizioni derogatorie, ma adottando le determinazioni di affidamento ad un lasso di tempo significativo dal verificarsi degli eventi calamitosi, invocati quale origine del danno, cioe' anche ad alcuni anni di distanza.

Tali modalita' di aggiudicazione vanificano gli imprescindibili limiti temporali propri della normativa di emergenza e, con essi, il dichiarato obiettivo di celerita' che e' la ratio di simili provvedimenti.

Il punto nevralgico della questione, per l'operatore del diritto, concerne, a questo punto, l'individuazione del limite temporale della singola disciplina derogatoria, nei frequenti casi in cui non sia il legislatore stesso ad indicare espressamente una data precisa o un determinato evento.

A tal fine, pur rientrando nella discrezionalità dell'interprete individuare, caso per caso, i limiti temporali di efficacia, assume un ruolo di importante supporto il perdurare dello stato di emergenza dichiarato dall'autorità amministrativa competente.

Questo criterio trova riscontro nella legge sulla Protezione Civile n.225/1992, il cui art.5 ("Stato di emergenza e potere di ordinanza"), disciplina, al comma 1., la deliberazione dello stato di emergenza, da parte del Consiglio dei Ministri, al verificarsi di eventi calamitosi.

Il successivo comma 2 disciplina il potere normativo derogatorio dell'esecutivo, a mezzo di ordinanze di necessita', in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, ai fini dell'attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Visto lo stretto legame tra l'esercizio del potere normativo derogatorio ed il perdurare dello stato di emergenza (la cui durata ed estensione territoriale, ai sensi del citato art.5, comma 1, deve essere espressamente determinata, in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi calamitosi), e' legittimo fare riferimento alla durata dello stato di emergenza per individuare i limiti temporali di efficacia della disciplina derogatoria.

L'indicato criterio ermeneutico trova riscontro anche in altre fonti normative, volte a disciplinare singole situazioni di emergenza, relative a circoscritti ambiti territoriali (es : art.1 della legge n.226/99, che autorizza i Presidenti delle Regioni colpite a completare gli interventi urgenti di loro competenza <<.... comunque nel termine di durata dello stato di emergenza >>.).

Dalle considerazioni svolte segue che :

- Possono ritenersi legittime quelle procedure di aggiudicazione a trattativa privata di appalti di lavori pubblici, effettuate ai sensi della normativa di emergenza, che siano perfezionate nel perdurare dello stato di emergenza.

- Al contrario, l'affidamento dei lavori mediante trattativa privata, motivato dalla stazione appaltante dall'urgenza di ripristinare le opere danneggiate da eventi calamitosi, può configurare situazioni di illegittimità e di contrasto con i presupposti della normativa di emergenza, laddove la determinazione di affidamento dei lavori sia avvenuta in data successiva alla cessazione dello stato di emergenza, come previsto nella relativa delibera del Dipartimento della Protezione Civile, e qualora il lasso di tempo trascorso abbia consolidato lo stato di fatto e quindi reso normale la necessità di intervenire.

- In tali ipotesi, riprende vigore la disciplina ordinaria, per cui le stazioni appaltanti sono tenute ad attuare l'iter di affidamento degli appalti, nel rispetto delle ordinarie procedure ad evidenza pubblica e dei principi fondamentali di trasparenza e concorrenza.