

Segnalazione al Governo ed al Parlamento

(ai sensi dell'Art. 6, comma 7, lett. E ed F, del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163)

Oggetto: Ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza; deroga alle disposizioni di cui agli Art. 6 e 7 del d.Lgs n.163/2006 in tema di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

1. Nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, questa Autorità ha condotto una indagine relativamente all'evento "Mondiali di nuoto Roma 2009".

Negli estratti dei bandi di gara, pubblicati nell'ambito della procedura di individuazione degli esecutori delle opere previste per lo svolgimento dell'evento, sono indicati alcuni riferimenti normativi ed in particolare il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 ottobre 2005, con il quale i mondiali di Nuoto sono dichiarati "grande evento" nel territorio della provincia di Roma, e le Ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 dicembre 2005 n.3489, 6 aprile 2006 n.3508 e 15 giugno 2007, che dettano disposizioni urgenti di protezione civile per assicurarne lo svolgimento.

2. Il D.P.C.M. 14 ottobre 2005 richiama l'Art.5-bis, co.5 della L. n.401/2001 (recante disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile), il quale a sua volta rimanda all'Art.5 della L. n.225/1992 (istitutiva del servizio nazionale della protezione civile), quale disciplina da applicarsi in riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione Civile e diversi da quelli per i quali si richiede la delibera dello stato di emergenza; in particolare, l'Art.5 della L. n.225/1992 statuisce: "1. Al verificarsi degli eventi di cui all'Art.2, comma 1, lettera c) (calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari), il Consiglio dei ministri, ... delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale ... 2. Per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede, ... anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. ... 5. Le ordinanze emanate in deroga alla leggi vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate".

3. Di particolare rilievo risulta essere, poi, quanto contenuto nell'O.P.C.M. 29 dicembre 2005, n.3489 e nell'O.P.C.M. 15 giugno 2007.

La prima di tali ordinanze, dopo aver individuato il Commissario delegato per la realizzazione delle opere e degli interventi funzionali allo svolgimento dei mondiali di nuoto Roma 2009 ed averne fissati i poteri, agli artt.4 e 5 dispone in particolare: Art.4, co.2 "Per l'affidamento della realizzazione delle opere e degli interventi, per il conseguimento delle occorrenti forniture e servizi e per ogni acquisizione ritenuta necessaria, nonché per il miglioramento dei servizi funzionali all'evento, è autorizzato il ricorso alle deroghe di cui all'Art.5, tenuto conto della somma urgenza derivante dalla celebrazione del grande evento", e Art.5 "1.Per il compimento delle iniziative previste dalla presente ordinanza il commissario delegato, ove ritenuto indispensabile, è autorizzato a derogare, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, delle direttive comunitarie e della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004, alle seguenti disposizioni normative: ... Legge 11 febbraio 1994, n. 109 articoli ..., 4 , ... *omissis* ..., nonché le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n.554, per le parti strettamente collegate e, comunque, nel rispetto dell'Art.7, lettera c), della direttiva comunitaria n.93/37; ...

Infine, l'OPCM 15 giugno 2007, in aggiunta alle deroghe disposte nella citata Ordinanza n.3489/2005, ha autorizzato la deroga ad ulteriori disposizioni del decreto legislativo 12 aprile 2006, n., entrato nel frattempo in vigore.

Con tale Ordinanza si procede, quindi, ad autorizzare la deroga ad un rilevante numero di articoli del codice dei contratti (quelli relativi alla figura del responsabile del procedimento, alla qualificazione necessaria per eseguire i lavori, alle procedure di scelta del contraente, alle modalità di pubblicazione dei bandi ed ai relativi termini, ai criteri di

selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse, alla progettazione, alle garanzie in fase di gara ed esecuzione, ai subappalti), nonché alle disposizioni relative alle attività di questa Autorità sui contratti pubblici (artt. 6 e 7).

4. Pertanto, a mente del citato Art.n. 5 O.P.C.M. 29 dicembre 2005 n.3489 e dell'Art. 2 O.P.C.M. 15 giugno 2007, tra le norme derogabili ai fini del compimento delle iniziative previste per lo svolgimento dei mondiali di nuoto "Roma 2009 vi è, in relazione alla norma al momento vigente, rispettivamente il richiamo all'Art.4 della L. 11 febbraio 1994, n.109 e agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163.

Oggetto degli articoli di legge sopra indicati è la disciplina in tema di Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e di Osservatorio, che opera nell'ambito della stessa Autorità; nel merito, quindi, tale regime derogatorio insiste precipuamente sui compiti e poteri a questi assegnati e, in particolare, sul rispetto dei compiti di vigilanza propri dell'Autorità e dei previsti obblighi di comunicazione all'Osservatorio.

La deroga agli articoli in tema di Autorità, non si rileva unicamente nelle Ordinanze che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha emanato per la fattispecie qui ad oggetto, ovvero i mondiali di nuoto di Roma 2009, ma è circostanza rinvenibile anche in occasione di altri eventi eccezionali, anche di carattere calamitoso.

5. Sulla base della suesposta ricostruzione normativa, occorre preliminarmente rilevare che l'esigenza sottesa alle Ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri per l'attuazione degli interventi di emergenza al verificarsi di eventi eccezionali quali calamità, catastrofi o altri eventi, si palesa principalmente nella necessità impellente di intervenire con celerità e tempestività, e con ciò giustificandosi il ricorso a deroghe di norme di legge.

Tale potere di deroga non appare, comunque, illimitato e discrezionale, atteso il disposto dell'Art.5, co.2 della legge n.225/1992 nel quale si statuisce che le ordinanze in questione devono essere adottate "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico". Esistono, dunque, dei limiti nell'esercizio del potere di deroga, sostanzialmente individuati nei principi generali dell'ordinamento, i quali non possono assolutamente essere messi in discussione. Tale è anche l'orientamento dominante in giurisprudenza (*ex multis*: Corte Costituzionale, 14.4.1995, n.127; Cassazione Civile, Sez. Unite, 7.3.2006 n.4813; Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.3.2006, n.1270)

6. Altresì, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 è poi intervenuta (a seguito dell'apertura di procedure di infrazione ad opera della Commissione europea, basate sul presupposto che alcune ordinanze di protezione civile avessero violato le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici) per fissare ulteriori importanti prescrizioni, il cui rispetto deve essere garantito nei casi di stati di emergenza o di grande evento dichiarati ai sensi dell'art 5, co.1 della L.225/1992.

La Direttiva citata ha ad oggetto "Indirizzi in materia di protezione civile in relazione all'attività contrattuale riguardante gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario"; per quanto di interesse per la fattispecie di cui trattasi, tale direttiva statuisce che le ordinanze di protezione civile ex Art.5, co.2 della L. n.225/1992 non devono contenere deroghe alle disposizioni previste dalle direttive comunitarie, salvo poi specificare che le ordinanze inerenti situazioni di emergenza e "grandi eventi" ancora in atto, sono modificate nel senso di assicurare il rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture ed altresì, nel caso di situazioni di urgenza e necessità aventi carattere di assoluta imperiosità, le suddette ordinanze potranno prevedere deroghe alle disposizioni nazionali nella materia degli appalti pubblici, nel rispetto, comunque, delle norme contenute nelle pertinenti direttive comunitarie.

7. Il richiamo alle precisazioni di cui sopra, seppur per casi simili a quello in questione, è rinvenibile anche in determinazioni di questa Autorità di Vigilanza, quali la n.20 del 30 luglio 2002, la n.21 del 5 aprile 2000 e la n. 1 del 14 gennaio 2004 dalle quali emerge con

chiarezza l'orientamento per cui "le ordinanze di un Commissario di Governo per la protezione civile, adottate sulla base di una potestà di ordinanza che consente di derogare alle norme vigenti, non possono discostarsi dai principi generali e debbono inoltre contenere specifica motivazione e indicazione delle norme a cui derogano", ed ancora "...l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti da parte del sindaco, contenenti deroghe alla normativa sui lavori pubblici, incontra dei limiti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità tra il provvedimento e la situazione oggettiva considerata...; il potere derogatorio delle ordinanze contingibili ed urgenti, non può essere esercitato nei confronti delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione degli stessi, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempismo e procedimento di controllo secondo la normativa vigente".

8. Invero, la Corte Costituzionale, con sentenza 14 aprile 1995, n. 127, ha affermato che il potere di deroga alla normativa primaria conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza ha carattere eccezionale ed esige 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.

9. Per quanto attiene alle norme relative all'azione di vigilanza dell'Autorità detto nesso di strumentalità non appare sussistere. Se, infatti, la *ratio* che sottende al regime derogatorio di particolari articoli della L.109/94 prima e del D.Lgs.163/06 poi, trova giustificazione nell'esigenza già espressa di garantire tempestività all'azione procedimentale, dall'altra il richiamo operato anche alle disposizioni che disciplinano l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici non si giustifica con l'esigenza di tempestività e di non aggravio della procedura atteso, in particolare, che le valutazioni dell'Autorità non hanno carattere obbligatorio; l'Autorità non esprime un parere preventivo e/o vincolante, dunque non ostacola quelle che sono, appunto, le finalità sottese al regime derogatorio, volto allo snellimento delle procedure di appalto. L'esigenza principe cui assolve l'Autorità è, infatti, quella di garantire il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dall'Art.2 del D.Lgs.163/06 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità), che mai e per nessun motivo possono subire deroghe. Trattasi dell'affermazione nella legislazione nazionale di principi che, già consolidati in sede comunitaria ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia e in diverse comunicazioni interpretative della Commissione, hanno trovato una formalizzazione a livello normativo proprio nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che il codice recepisce nell'ordinamento interno.

Peraltro, l'attività dell'Autorità è tesa principalmente a garantire il rispetto di tali principi, la cui osservanza deve permanere anche in situazioni di eventi eccezionali. A ciò si aggiunga che la necessità di eliminare nel futuro il richiamo operato, nelle ordinanze similari a quelle citate in premessa, all'Art.4 L.109/94 e, nell'attuale regime normativo, agli artt.6 e 7 del D.Lgs. 163/06, è dettato anche dalla necessità di garantire una vigilanza che, lungi dall'essere un aggravio della procedura di scelta del contraente ed in genere del procedimento per addivenire alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera, risulta quanto mai necessaria in funzione della verifica, tra l'altro, dell'importo degli appalti, della durata degli stessi in vigenza dello stato di emergenza o nel limite stabilito dal concretizzarsi dell'evento, del dovuto possesso delle prescritte qualificazioni e/o requisiti e delle varianti intervenute.

Il regime derogatorio, infatti, dovrebbe avere come unico fine quello di garantire uno snellimento delle procedure e non anche pregiudicare un eventuale controllo inerente il rispetto di elementi fondamentali quali il possesso delle certificazioni, oppure l'assolvimento degli obblighi contributivi o il rispetto della normativa sull'impiego della mano d'opera e della sicurezza, ovvero sia taluni ambiti di intervento propri dell'azione di vigilanza dell'Autorità.

10. In conclusione:

Qualora non sia possibile individuare le opere da realizzare con congruo anticipo, rendendosi così necessario adottare ordinanze speciali per fronteggiare con poteri straordinari calamità, catastrofi o altri eventi, è necessaria l'attenta valutazione di ogni singolo caso concreto per la determinazione delle norme di cui risulta assolutamente indispensabile una deroga.

In merito al regime derogatorio inerente la normativa sui contratti pubblici di cui al D.Lgs.163/2006 non è ammissibile la deroga agli artt. 6 e 7 del succitato testo legislativo disciplinante l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, in quanto la stessa Autorità non ostacola quelle che sono le finalità sottese dalle ordinanze volte allo snellimento delle procedure di appalto, ma garantisce il rispetto dei principi generali dell'ordinamento che non possono in alcun caso essere derogati.

Roma, 02 aprile 2008

Il Consigliere Relatore: Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino