

AG31-08

6 novembre 2008

Oggetto : Commissario delegato per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare l'emergenza ambientale determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nella città di Messina - affidamento servizi di consulenza scientifica e tecnica all'Università di Messina.

In esito a quanto richiesto con nota prot. 201.2008.XX.OPCM/3633/2007 pervenuta in data 02 settembre 2008, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 5-6 novembre 2008 ha approvato le seguenti considerazioni.

La problematica prospettata dalla S.V. si inserisce nel più vasto tema dei limiti della capacità derogatoria delle ordinanze contingibili ed urgenti e, con particolare riferimento al quesito esposto, attiene alla questione dell'ammissibilità della deroga agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 163/2006 disciplinanti l'attività di questa Autorità.

Sull'argomento l'Autorità ha espresso la propria posizione (cfr. determinazioni n. 21/2000, n. 20/2002, n. 1/2004), in conformità all'indirizzo tracciato dalla Corte Costituzionale (Corte cost. 14 aprile 1995 n. 127), evidenziando che l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti contenenti deroghe alla normativa dei 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, dell'obbligo di motivazione, dell'indicazione del termine finale e delle specifiche disposizioni derogate.

Come evidenziato dalla Corte Costituzionale, infatti, il potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa, ha carattere eccezionale e presuppone l'esistenza di un ben individuato nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione.

Per quanto attiene, in particolare, la deroga agli articoli di legge che disciplinano l'Autorità e le sue funzioni, questa Autorità ha già avuto modo di affermare (determinazione n. 1/2004) e di ribadire (segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett.e, del D.Lgs. n. 163/2006 del 2 aprile 2008) che, ritenuto che solo il menzionato nesso di strumentalità tra situazione emergenziale e normativa derogata può giustificare la deroga stessa alle norme primarie in materia di contratti pubblici, non può ritenersi ammissibile la deroga alle norme relative all'azione di vigilanza dell'Autorità attesa, nel caso, l'assenza di detto nesso.

Se, infatti, la ratio che sottende al regime derogatorio di alcuni articoli del D.Lgs. n. 163/2006 è rappresentata dall'esigenza di garantire celerità all'azione amministrativa eliminando temporaneamente alcuni vincoli procedurali per far fronte ad una situazione di dichiarata emergenza, non può ritenersi congrua la deroga all'azione di vigilanza dell'Autorità la quale, non estrinsecandosi in pareri preventivi e/o vincolanti, non può rappresentare un ostacolo alla tempestività né compromettere la celerità dell'intervento amministrativo. Anzi, come già evidenziato nella citata segnalazione, proprio la particolare situazione di emergenza rende quanto mai necessario un intervento, quale quello dell'Autorità, di vigilanza e controllo sul mercato dei contratti pubblici, operante ex post e quindi non comportante alcun aggravio del procedimento, che garantisca il rispetto dei principi dell'ordinamento che non possono in alcun caso essere derogati.

Per quanto attiene al caso di specie, l'ordinanza del Presidente del Consiglio del 5 dicembre 2007 n. 3633 si basa sul D.P.C.M. 8 settembre 2006 che ha dichiarato lo stato di emergenza ambientale determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nella città di Messina, fino al 31 dicembre 2008, a motivo delle circostanze illustrate nella premessa del provvedimento che "realizzano una condizione di pericolo per persone e cose, sicché ricorrono i presupposti previsti dalla normativa vigente per la dichiarazione dello stato di emergenza, anche sulla base di quanto statuito in materia dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato - Sez. IV, decisione n. 2361/2000)".

Il potere di ordinanza del Presidente del Consiglio in materia di protezione civile è espressamente previsto dall'art. 5, comma 1, D.L. n. 343/2001, convertito dalla L. n. 401/2001, e deve essere esercitato nei limiti di cui all'art. 5 della L. n. 225/1992, ovvero, se in deroga alle leggi vigenti, deve indicare le principali norme cui si intende derogare e la relativa motivazione.

Nel caso de quo, l'O.P.C.M. n. 3633/2007 illustra in premessa le motivazioni, che sono attinenti essenzialmente al pregiudizio derivante ai cittadini dall'attuale stato di emergenza del traffico. Inoltre, l'art. 4 indica nel dettaglio gli articoli di norme primarie e secondarie di cui si consente la deroga "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, delle direttive comunitarie e della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004". Tra questi, numerosi articoli del D.Lgs. n. 163/2006 (tra gli altri, gli articoli in tema di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, responsabile del procedimento, accesso agli atti, appalti di servizi, ATI, capacità tecnica, procedura negoziata, modalità di pubblicazione di avvisi e bandi, termini di ricezione delle

offerte, garanzie, varianti in corso d'offerta ed in corso d'opera, criteri di selezione, subappalto, programmazione, direzione lavori, collaudo), della L. n. 109/1994 nel testo recepito nella Regione Sicilia con la L.R. n. 7/2002 e della stessa legge regionale siciliana (articoli in materia di contratti di forniture di beni, appalti di servizi e appalti nei settori esclusi).

L'autorizzazione alla deroga a specifiche norme di legge in tema di affidamenti di contratti pubblici, tra cui, in particolare, quelle in tema di servizi pubblici e procedura negoziata, nonché l'esplicita autorizzazione ad avvalersi "delle Amministrazioni periferiche dello Stato, della Regione Siciliana, della Provincia di Messina, del Comune di Messina, dell'Università degli studi di Messina e di Istituzioni Scientifiche pubbliche" (art. 2, comma 1, O.P.C.M. n. 3633/2007) parrebbero legittimare l'affidamento diretto, da parte del Commissario delegato, dei servizi a carattere scientifico all'Università di Messina.

Come emerge dalla documentazione, si tratta di servizi volti ad integrare lo studio di fattibilità già predisposto dall'Autorità Portuale di Messina sulla base del quale procedere all'attività di progettazione.

Lo studio di fattibilità è un elemento della documentazione programmatica dei lavori pubblici, contenente dati tecnici, gestionali, economico - finanziari dell'opera, che si colloca temporalmente in un momento antecedente all'avvio della progettazione e che si rapporta ad essa come presupposto e non come parte integrante (cfr. TAR Torino, sez. I, 5 luglio 2008, n. 1510).

Nell'ambito della normativa regionale siciliana è espressamente previsto dall'art. 16, comma 2-bis della L. 109/94 come modificata dalla L.R. n. 7/2002 secondo cui "Ove richiesto, l'attività di progettazione è preceduta da uno studio di fattibilità che si articola in una relazione contenente: a) l'esposizione della fattibilità dell'intervento, le relazioni geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche di prima approssimazione delle aree interessate e dell'esito degli accertamenti in ordine agli eventuali vincoli di natura storica, artistica, archeologica, paesaggistica o di qualsiasi altra natura interferenti sulle aree o sugli immobili interessati; b) lo studio sui prevedibili effetti della realizzazione dell'intervento e del suo esercizio sulle componenti ambientali e sulla salute dei cittadini".

Le prestazioni connesse allo studio di fattibilità possono essere affidate, secondo quanto previsto dall'art. 17, comma 1, lett. c), della L. 109/1994 come modificata dalla L.R. n. 7/2002 (peraltro derogabile per effetto della O.P.C.M. n. 3633/2007) ad "organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole amministrazioni giudicatrici possono avvalersi per legge o per ordinanza".

Alla luce di quanto sopra, e tenuto conto della menzionata esplicita previsione dell'art. 2, comma 1, dell'O.P.C.M. n. 3633/2007, si ritiene che gli affidamenti di che trattasi, come disposti dal Commissario delegato, potrebbero essere ritenuti conformi alla disciplina applicabile al caso concreto.

Per quanto concerne la soggezione dell'attività contrattuale del Commissario delegato al controllo di questa Autorità, come anticipato, l'O.P.C.M. n. 3633/2007 prevede la deroga agli articoli 6, 7 e 8 del D.Lgs. n. 163/2006.

Pur tuttavia, al riconoscimento della possibilità di derogare a quanto posto a carico della stazione appaltante dai più volte menzionati articoli del D.Lgs. n. 163/2006 si ritiene che non possa corrispondere la sottrazione all'Autorità della funzione di vigilanza e controllo, che le è istituzionalmente propria, posto che, comunque, deve essere garantito il rispetto dei principi fondamentali di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, oltre che di tutte le norme di settore non dichiarate esplicitamente derogabili.