

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO-LETTERARI, STORICO-FILOSOFICI E GIURIDICI

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione - XXV Ciclo.

L'EMERGENZA NEI CONTRATTI PUBBLICI

IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO

Tesi di dottorato di:

Dott. Riccardo Cerulli

Coordinatore del corso

Prof. Mario Savino

Tutore

Prof. Mario Savino

**Data della discussione
30 giugno 2014**

INDICE

PREMESSA	pag. 3
1. Evidenza pubblica: strumento per introdurre trasparenza e concorrenza nel settore degli appalti pubblici	pag. 8
1.1. La disciplina comunitaria dell'evidenza pubblica. I principi cardine e le direttive comunitarie	pag. 13
1.2. L'influenza della disciplina comunitaria sulla realizzazione del <i>Codice dei contratti pubblici</i> italiano	pag. 27
1.2.1. Le fasi del procedimento	pag. 35
2. I poteri pubblici emergenziali e le deroghe all'evidenza pubblica – Introduzione	pag. 49
2.1. I poteri straordinari come attività “creativa” per sopperire a lacune legislative nello stato di eccezione. Atti legislativi o amministrativi?	pag. 50
2.2. Poteri pubblici emergenziali: nozione e classificazioni	pag. 61
2.2.1. Le ordinanze di necessità e di urgenza: presupposti di legittimità e condizioni di esercizio	pag. 69
2.2.2. I limiti e le garanzie che assicurano la legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza	pag. 79
2.3. Poteri emergenziali e deroghe all'evidenza pubblica	pag. 89
3. La nozione di “grande evento”	
3.1. La parabola della nozione di “grande evento” nell'ordinamento italiano	pag. 120
3.2. L'alterazione della concorrenza e le criticità derivanti dall'uso distorto del principio dell'emergenza	pag. 140
3.3. La limitazione dei controlli sui grandi eventi	pag. 151
3.4. La ridefinizione del perimetro di applicabilità dei grandi eventi	pag. 158
CONCLUSIONI	pag. 168
BIBLIOGRAFIA	pag. 172

PREMESSA

In ogni *emergenza* si profila un pericolo di violazione dei diritti fondamentali e di deroghe alle norme vigenti, ma cos'è un'emergenza? Quali eventi sono suscettibili di essere qualificati con questo termine? Quali caratteristiche devono avere tali eventi affinché possano giustificare il venir meno della situazione ordinaria?

All'interno della categoria dell'emergenza è possibile accomunare un complesso estremamente vasto ed eterogeneo di situazioni, le quali – producendo uno stato di crisi – pongono la necessità di un intervento il più possibile tempestivo che possa al contempo salvaguardare i diritti fondamentali della persona.

La più risalente accezione di emergenza è quella legata alla categoria delle calamità naturali, che comprende terremoti, maremoti, eruzioni vulcaniche, frane, valanghe, alluvioni e tornado.

Per la straordinaria gravità dei danni alle popolazioni ed ai beni che possono essere direttamente causati e successivamente indotti nel tessuto socio-economico delle zone colpite, e per le profonde mutazioni che sovente ne conseguono, il terremoto si presenta indubbiamente come la più importante delle calamità naturali; anche alla luce – ai fini della presente indagine – dell'ingente affidamento di appalti di lavori pubblici che ogni volta ne consegue.

In considerazione delle caratteristiche geologiche e della forte presenza di insediamenti umani e delle relative infrastrutture, il territorio italiano è ad alto rischio *sismico*. Quest'ultimo, quindi, è tra i primi ad essere stato studiato da disposizioni di legge, tanto dal lato di ricostruzioni *ex post*, quanto da quello della prevenzione *ex ante*¹.

In ordine di importanza, seguono il rischio idrogeologico, oggetto di una cospicua e complessa normativa, e a livello più generale il cosiddetto rischio *climatico*, dato dall'introduzione nell'ecosistema di sostanze come i gas-serra, corresponsabili del riscaldamento del pianeta.

¹ La tecnica di prevenzione si basa sulla delimitazione di zone di rischio sismico ad opera dello Stato e sulla definizione di specifiche tecniche costruttive finalizzate alla sicurezza degli edifici. Con l'ordinanza del presidente del Consiglio n. 3274 del 20 marzo 2003, sono stati definiti i concetti generali per la categorizzazione sismica del territorio nazionale e per la formalizzazione dei precetti tecnici per le costruzioni in zona sismica, attuate con il successivo decreto 21 ottobre 2003.

Le tipologie di rischi appena richiamate sono comprese nella categoria dei rischi *naturali*, a loro volta rientranti nella macroarea dei rischi *ambientali*.

Dato il rapporto “a doppio binario” tra uomo e natura, ai rischi naturali fanno da contraltare i rischi *umani* (o di *origine antropica*), ovvero tutti quelli che, in via mediata o immediata, sorgono in conseguenza di un’attività umana. Il rapporto tra uomo e ambiente, infatti, si qualifica per un’ambiguità di fondo in quanto l’uomo può essere allo stesso tempo aggredito e aggressore rispetto all’ambiente.

La classificazione tradizionale dei rischi connessi all’attività dell’uomo fa generalmente riferimento a tre categorie: *biologici*, *chimici* e *nucleari*.

I rischi biologici sono riconducibili all’alveo dei rischi *sanitari*, che possono scaturire in due tipologie di emergenze: la prima fa da corollario all’emergenza che si verifica nel caso di catastrofi²; la seconda è quella della diffusione di malattie, dovute a cause diverse, che per dimensione o pericolosità rappresentano un rischio imprevedibile per l’uomo.

Per quanto concerne il rischio chimico, sono ad esso riconducibili quello da inquinamento³ e quello industriale, dal quale, infine, deriva il rischio nucleare.

Nonostante il rischio nucleare in Italia sia percepito solo per via indiretta⁴, le numerose centrali attive pochi chilometri oltre il confine nazionale hanno indotto le istituzioni italiane ad elaborare nel 1996 un *Piano nazionale delle misure protettive contro le emergenze radiologiche* che indica una serie di azioni che le autorità sono

² In tutti i casi in cui l’emergenza sanitaria si manifesta come conseguenza di evento dannoso di altra origine, sorge la necessità di un coordinamento e cooperazione tra gli operatori sanitari, che fanno capo ai diversi livelli territoriali e la protezione civile. Conseguentemente le competenze generali e di coordinamento per la gestione delle emergenze in materia sanitaria sono assegnate non alle autorità sanitarie ma sono ripartite tra Stato, regioni e comuni a seconda della dimensione dell’evento. In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale il sindaco adotta le ordinanze contingibili e urgenti. Negli altri casi l’adozione dei provvedimenti d’urgenza spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell’emergenza e dell’eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

³ I problemi ed i rischi legati all’inquinamento possono incidere su tre differenti beni ambientali come acqua, aria e suolo.

⁴ Si ricorderà che all’indomani dell’incidente alla centrale nucleare di Chernobyl del 1986 nel territorio italiano venne interdetta l’attività di produzione di energia nucleare grazie ai referendum abrogativi del 1987).

obbligate ad avviare per contenere gli effetti della diffusione di una eventuale nube radioattiva proveniente dall'estero⁵.

In tempi odierni, alle emergenze ambientali si sono affiancate anche quelle economiche e finanziarie. Gli ordinamenti nazionali, infatti, hanno iniziato ad attribuire alla p.a., già all'inizio del ventunesimo secolo⁶, compiti di prevenzione e rimozione degli effetti socialmente dannosi delle emergenze in grado di alterare il normale *trend* dei mercati e dei livelli occupazionali.

Tra le urgenze di carattere economico e finanziario si distinguono quelle derivanti dalla crisi dei mercati o della finanza pubblica⁷; da interventi illegali sui mercati⁸ e da crisi di una o più imprese collegate.

Nel primo caso, le risposte al fenomeno sono deputate a specifiche leggi che avviano interventi transitori che derogano al normale assetto dei poteri e dei diritti allo scopo di sopravanzare alla situazione di allarme con strumenti ampliativi dei poteri di intervento pubblico e limitativi dei diritti e dell'autonomia dei privati.

Tali norme, pur essendo dotate di ampi margini di discrezionalità – per via dell'impossibilità di precisarne gli ambiti di applicazione soggettivi e temporali – non sono comunque state di ausilio per prevenire con efficacia dissesti e cattive gestioni, come alcuni scandali finanziari recenti hanno dimostrato⁹.

Il dissesto finanziario di aziende private, invece, diviene emergenza economica quando si tratta di attività nevralgiche, come banche o concessionari di servizi pubblici,

⁵ Nel piano sono scritte le procedure di messa in funzione delle autorità competenti, la catena di comando e controllo per la gestione dell'emergenza (al cui vertice è posto il Dipartimento della protezione civile) e le procedure per la diffusione delle informazioni tra le autorità e alla popolazione che può essere coinvolta dall'evento incidentale.

⁶ Il riferimento è al crollo di Wall Street del 1929 e a tutta la legislazione che seguì nel corso del *New Deal*. Più recente l'esempio della grave crisi economica argentina del 2001, foriera di aspri disordini sociali).

⁷ Vedi la crisi economica degli anni Settanta in Italia o la già citata Grande depressione.

⁸ Ne è un esempio l'istituzione del *Comitato per la sicurezza finanziaria* creato con il decreto – legge n. 369 del 12 ottobre 2001 nella sfera delle operazioni di contrapposizione al terrorismo internazionale. Tra i compiti del Comitato vi è anche l'acquisizione di informazioni in possesso delle amministrazioni pubbliche, anche in deroga al segreto d'ufficio.

Un'ulteriore dimostrazione di emergenza economico – finanziaria si può rintracciare nelle infiltrazioni criminali nel sistema economico, alterandone l'equilibrio e la concorrenza.

⁹ Esemplari i casi *Enron* e *Madoff*.

o per le dimensioni dell'impresa. In questi casi, il maggiore strumento di intervento è costituito dall'*amministrazione controllata*¹⁰.

Un'ultima forma generale di emergenza nasce dai rapporti sociali e può dipendere da numerosi fattori, quali, in particolare, i rischi politici e sociali – nazionali o sopranazionali – dipendenti da crisi che sfociano in conflitti armati o atti terroristici in grado di minacciare la vita o i beni di cittadini italiani oppure i comportamenti, connessi alla funzione dell'ordine e della sicurezza pubblica, che danno luogo a reati che per dimensione, durata o complessità sono assimilabili a fenomeni emergenziali¹¹.

Ogni crisi sembra sistematicamente aprire la strada ad una maggiore concentrazione del potere ed una correlativa limitazione dei diritti, in ossequio alla necessità di salvaguardare diritti fondamentali della persona quali la vita, la salute, la sicurezza e la dignità. Da qui la legittimazione costituzionale e fondamentale delle deroghe all'evidenza pubblica nella realizzazione delle opere necessarie per garantire e tutelare la persona umana nel suo complesso di valori.

Tali interventi, quindi, comportano l'uso di poteri *straordinari ed eccezionali*, da intendersi sulla base della «*sopraggiunta inadeguatezza del diritto ordinario e la conseguente necessità di un intervento urgente a contenuto sospensivo o derogatorio che, con mezzi eccezionali, continui a garantire i valori e gli interessi normalmente protetti dall'ordinamento*»¹².

Ma sono sufficienti i poteri straordinari a soddisfare le necessità scaturite dall'emergenza? E fino a che punto è legittimo esercitarli? È possibile far fronte all'emergenza con i poteri ordinari? Queste le domande cui daremo una risposta nel corso della tesi.

Il lavoro è strutturato in tre capitoli, più la premessa e le conclusioni.

¹⁰ Istituto reintrodotta dal decreto – legge n. 83 del 22 giugno 2012, dopo essere stato inizialmente abrogato dal decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, volto a consentire la continuità dell'attività di un'azienda in difficoltà economiche allo scopo di sottrarre questi soggetti al fallimento. In altri termini, sulla scorta della considerazione in virtù della quale le ordinarie procedure concorsuali sono orientate in primo luogo al soddisfacimento dei creditori dell'impresa insolvente e che perciò finisce per sacrificare eccessivamente altri, contrapposti, interessi, si è cercato, nei casi di maggior rilevanza sociale di sottrarre queste vicende all'ordinario diritto fallimentare e di trovare soluzioni specifiche che tali interessi consentissero di salvaguardare.

¹¹ Quali la c.d. emergenza mafia o emergenza droga.

¹² MARAZZITA G., «*L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*», Milano, Giuffrè, 2003, pag. 17.

Nel primo capitolo si delineano le caratteristiche principali delle procedure di evidenza pubblica, strumenti ordinari per l'assegnazione di appalti pubblici.

Nel secondo capitolo, invece, si da conto – nella prima parte – delle tipologie di poteri straordinari e – nella seconda parte – si analizzano dettagliatamente le deroghe al *Codice dei contratti pubblici*, allo scopo di misurare la compressione dei principi generali del diritto comunitario e dei principi specificamente dettati in materia di appalti pubblici.

Il terzo capitolo è dedicato all'indagine dei cosiddetti *grandi eventi*, fattispecie introdotta dalla legge n. 401 del 9 novembre 2001¹³ nell'ambito della protezione civile che comporta l'utilizzo del potere di ordinanza.

¹³ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, recante disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile.

1. Evidenza pubblica: strumento per introdurre trasparenza e concorrenza nel settore degli appalti pubblici

La qualità della regolazione nel campo delle commesse pubbliche (o *public procurement*) rappresenta il fondamento per un'efficace allocazione delle risorse e – in ultima analisi – per la competitività.

Il settore degli appalti pubblici compone, infatti, una parte rilevante dell'economia e inoltre l'attitudine del settore pubblico a manifestare una domanda qualitativamente adeguata è imprescindibile per il miglioramento dei mercati e l'introduzione di tecnologie di frontiera. Tutto ciò si rispecchia, infine, sulla disponibilità di infrastrutture e sull'offerta dei servizi pubblici, con importanti effetti sulla produttività delle imprese e sul tenore di vita dei cittadini.

Attraverso lo strumento dell'appalto, qualsiasi ente pubblico può ottenere dal libero mercato beni e servizi utili al soddisfacimento – tanto in forma diretta quanto indiretta – dei bisogni della collettività. Gli appalti pubblici sono così decisivi su più livelli per ciò che riguarda la politica economica nazionale, gestendo quantità e qualità delle risorse pubbliche impiegate. Più esattamente, nell'adempiere alle funzioni di appalto, si affrontano questioni nevralgiche: in primo luogo, la determinazione della domanda pubblica¹⁴, tramite l'acquisizione di beni e servizi fruibili dalla collettività o strumentali all'azione pubblica e, in secondo luogo, l'indirizzo per i mercati di produzione strettamente vincolati alla domanda pubblica, ai quali il committente si rivolge per acquisire beni e servizi necessari allo svolgimento delle sue funzioni.

Alla luce di quanto detto pocanzi, la regolamentazione delle procedure in base alle quali si svolgono i rapporti tra gli enti pubblici e le imprese fornitrici è gravata dal fondamentale compito di disciplinare l'attività di acquisizione di beni e servizi sul mercato con la massima efficienza. Quest'ultima, in particolare, può essere raggiunta solo attraverso una leale concorrenza tra le imprese fornitrici, sia ai fini specifici dell'ottenimento delle prestazioni e dei relativi risultati richiesti alle imprese, sia a quelli più generici associati alla maturazione sul piano della competitività del sistema industriale ed alla crescita della produttività complessiva. L'introduzione di un sistema

¹⁴ In termini di selezione e quantificazione dei bisogni da soddisfare, in modo diretto (dotazioni di beni pubblici, servizi per la comunità, ...) e indiretto (funzionamento della PA).

concorrenziale è stata quindi ritenuta essenziale per la progressiva inclusione della tematica degli appalti pubblici nel più ampio contesto dell'integrazione economica europea, sempre affiancata da considerazioni di benessere collettivo. Il *public procurement* è perciò divenuto uno degli aspetti basilari per l'espansione del mercato interno, nonché per le connessioni tra l'Unione Europea e gli altri organismi di integrazione economica e commerciale.

Come già accennato, il peso specifico ragguardevole in termini di impatto economico-finanziario del "mercato" degli appalti pubblici¹⁵ è stato uno dei motivi principali che ha spinto le istituzioni comunitarie verso la formalizzazione di regole di funzionamento condivise da tutti gli Stati membri, tanto per il suo ruolo nella realizzazione e nel funzionamento di libere operazioni commerciali intracomunitarie, quanto per estromettere – come meglio si vedrà più avanti – atteggiamenti

¹⁵ Per ciò che riguarda l'Unione Europea a 27, la percentuale delle commesse pubbliche rispetto al PIL comunitario è stata:

Anno	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
%	2,90	3,20	3,00	3,10	3,60	3,60	3,40

Per ciò che riguarda l'Unione Europea a 25, la percentuale delle commesse pubbliche rispetto al PIL comunitario è stata:

Anno	2004	2005	2006	2007	2008
%	2,65	2,92	3,20	2,98	3,08

Per ciò che riguarda l'Unione Europea a 15, la percentuale delle commesse pubbliche rispetto al PIL comunitario è stata:

Anno	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
%	2,60	3,47	2,69	2,75	3,13	2,76	2,87

Per ciò che riguarda l'Italia, la percentuale delle commesse pubbliche rispetto al PIL nazionale è stata:

Anno	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
%	2,19	2,67	2,35	2,70	3,00	2,30	2,30	2,50	3,40	2,90

Fonte: Eurostat, dati aggiornati al 10 maggio 2013

In particolare, nel 2012 in Italia sono stati pubblicati 41.924 bandi ed inviti per l'affidamento di contratti nei settori ordinari (per un importo superiore a 150mila euro) pari a 67.495.195.143,00 €, suddivisi in percentuali simili tra Lavori (36,5%), Forniture (31,2) e Servizi (32,2%). A questi si aggiungono bandi ed inviti per l'affidamento di contratti nei settori speciali, per un importo totale di 21.822.614.711,00 €, con percentuali – a differenza dei settori ordinari – sensibilmente differente a seconda della tipologia: Lavori (29,4%), Forniture (27,3) e Servizi (43,3%).

Fonte: Relazione Annuale AVCP 2012 – Appendice A, pubblicata il 17 luglio 2013.

protezionistici nazionali. Questi ultimi adottati dai governi locali e da essi giustificati per via dell'origine per lo più nazionale delle risorse pubbliche utilizzate; spesso non considerando la notevole quantità dei fondi "comunitari", in altre parole quelle risorse provenienti dal bilancio dell'UE e a loro volta stanziare agli Stati membri per molteplici scopi comuni¹⁶, il cui impiego è vincolato al rispetto della disciplina comunitaria.

Posto quindi il notevole impatto economico del *public procurement*, gli organi di governo comunitari hanno concentrato la propria attenzione sull'efficienza della spesa pubblica e sull'ampliamento del mercato interno, con il chiaro intento di centrare obiettivi di politica economica¹⁷ e di integrazione. In questo senso, l'armonizzazione a livello comunitario delle misure comuni di regolazione delle procedure di acquisto della committenza pubblica è divenuta lo strumento per introdurre migliori condizioni di trasparenza e concorrenza nel settore degli appalti pubblici, tanto per soddisfare la necessità di efficienza e stabilità della spesa pubblica, quanto per innovare e ristrutturare i modelli operativi. In particolare, il raggiungimento di una politica di spesa più efficace per le finanze pubbliche attraverso un'opportuna regolamentazione della materia degli appalti pubblici è possibile sia dal lato della domanda¹⁸ sia dal lato dell'offerta¹⁹.

Il progresso delle prescrizioni europee in materia di appalti pubblici si è polarizzato soprattutto su tre profili sostanziali.

In primo luogo, la trasparenza, ricercata con l'elezione a modello principale delle procedure aperte con criteri non discrezionali di selezione delle offerte.

In secondo luogo, la certezza della giurisdizione sulle procedure di appalto, con particolare riguardo alla rapidità dei ricorsi amministrativi avverso le decisioni della committenza pubblica lesive del diritto comunitario.

Infine, l'obbligo di pubblicità tramite pubblicazione dei bandi di gara – il cui valore supera soglie predeterminate²⁰ – soprattutto sul piano intracomunitario. Profilo quest'ultimo impiegato come indice del grado di apertura potenziale dei mercati

¹⁶ Come ad esempio lo sviluppo regionale, la competitività e la ricerca, la coesione sociale ed altri.

¹⁷ Anche ai fini della convergenza e della stabilità delle finanze pubbliche.

¹⁸ Maggiore trasparenza, rapidità di svolgimento, riduzione dei costi di transazione, incentivazione dell'utilizzo di nuove tecnologie.

¹⁹ Sviluppo della concorrenza nei mercati di riferimento.

²⁰ Gli appalti definiti "sotto-soglia" sono in ogni caso tenuti al rispetto dei principi di parità di trattamento economico degli operatori, trasparenza delle procedure di gara, riconoscimento reciproco e delle leggi nazionali.

nazionali delle commesse pubbliche, attraverso le statistiche relative alla pubblicità delle gare tramite la Gazzetta ufficiale della Comunità Europea.

Si osserverà come, a fronte di un consistente volume finanziario del mercato degli appalti pubblici complessivamente inteso²¹, al processo di integrazione comunitaria è stato assegnato un compito essenziale nel facilitare l'introduzione della potenziale concorrenza, conseguibile attraverso l'avvicinamento delle discipline nazionali in materia e l'intensificazione delle misure di trasparenza²², realizzata, come detto, soprattutto con l'applicazione degli obblighi di pubblicità su scala europea della domanda di beni, servizi e forniture espressa dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri. Tali progressi, comunque, si connotano di caratteristiche peculiari per ogni singolo paese membro dell'Unione. Ci si riferisce, in particolare, alla forte differenziazione dell'apertura dei mercati domestici rispetto alle quote che rimangono in mano ad aziende nazionali, prevedibilmente a causa di numerosi fattori, di "struttura" – come il grado di decentramento della spesa pubblica o il livello di infiltrazione del settore pubblico nell'economia – o di "chiusura" – riguardo a condotte elusive mosse da operazioni di sottodimensionamento da parte delle amministrazioni nazionali, regionali e locali o a comportamenti favorevoli alle aziende locali, nonostante la loro formale incompatibilità con il Trattato UE.

Lo sviluppo della trasparenza e della concorrenza non assolve soltanto ad una funzione di consolidamento del mercato interno, poichè ha anche palesi impatti positivi sull'efficienza micro e macroeconomica degli Stati e dell'Unione nel suo complesso, sia in ambito pubblico che produttivo. Le pratiche concorrenziali²³ sono infatti

²¹ Ancorché stabilizzatasi nel tempo, Vedi Nota 2.

²² Sia pure limitate da soglie di dimensione finanziaria.

²³ Nel diritto comunitario sono attribuiti alla nozione di concorrenza due differenti significati, sintetizzati nelle definizioni di "concorrenza nel mercato" e "concorrenza per il mercato".

Nella prima accezione, ci si riferisce a settori in cui è già instaurato un mercato concorrenziale nei quali l'intervento comunitario mira a prevenire e sanzionare le condotte imprenditoriali integranti intese restrittive della concorrenza, cartelli di prezzo, monopoli ed abusi di posizione dominante.

La legislazione antitrust, infatti, si forma con l'obiettivo di vigilare sulla libertà economica privata, onde scongiurare la possibilità che questa si traduca nell'esercizio di un potere economico privato; tentando contemporaneamente di consentire autonomia alle imprese, attraverso l'elaborazione di misure che non incidano in modo invasivo sulle scelte degli operatori economici.

Il principio di concorrenza per il mercato - rilevante per le direttive in materia di appalti pubblici - è invece funzionale al fine di dilatare i settori di mercato per garantire il libero accesso da parte di operatori economici di altri stati membri, riferendosi a settori inizialmente esclusi dal mercato o limitati da misure protezionistiche.

fondamentali per l'efficienza della spesa pubblica, in quanto la realizzazione di mercati trasparenti e concorrenziali permette alle amministrazioni pubbliche di acquistare beni e servizi di migliore qualità e convenienza e a prezzi più bassi, ottenendo così una più efficace allocazione delle risorse provenienti dalla fiscalità prelevata ai contribuenti.

In più, come già accennato, anche le imprese possono giovare della realizzazione della trasparenza e della non discriminazione nelle procedure di accesso ai mercati di *public procurement*. Come già ampiamente dimostrato, infatti, l'impulso ad una maggiore spinta concorrenziale migliora efficacia e competitività dei mercati. Ciò vale particolarmente su base territoriale, dove mercati locali privi della presenza di operatori in grado di sfruttare una posizione dominante nel settore, sono più dinamici e pronti al confronto con le altre imprese in gara; con il risultato di promuovere significativi stimoli all'efficienza economica, in quanto i soggetti operanti nel mercato sono maggiormente stimolati ad incrementare la propria competitività sia sulla qualità che sui prezzi e, quindi, sono in grado di misurarsi non solo sui mercati nazionali, ma anche su quelli esteri.

Dall'analisi degli interventi sul tema del *public procurement*, in particolare degli organi dell'Unione Europea, si possono delineare precisi obiettivi nella regolamentazione delle procedure di assegnazione degli appalti pubblici, che intervengono su diversi piani. Tali obiettivi, infatti, riguardano: l'abbassamento dei prezzi pagati dalle amministrazioni pubbliche, in modo da poter agire sul deficit di bilancio, attraverso il controllo degli equilibri finanziari ed una maggiore efficienza della spesa pubblica; il cosiddetto *cross border*, ovvero il miglioramento della trasparenza e della concorrenza transfrontaliera; la presenza delle Piccole e medio imprese nei mercati. Questi aspetti di natura tecnica rappresentano dei parametri per valutare il progredire o meno dell'apertura del settore degli appalti pubblici, ma non sono i soli, poiché l'Unione Europea si è preoccupata di includere profili non strettamente economici nelle valutazioni complessive²⁴.

La divergenza tra i due concetti si riflette sulla diversità di matrice normativa, in quanto le direttive in materia di appalti non si fondano sugli artt. 81 e 82 del Trattato ma sugli articoli 43 e 49, e 95 del Trattato.

²⁴ Ci si riferisce agli obblighi imposti alle imprese partecipanti legati ai temi ambientali e sociali (nel tentativo di contrastare l'esclusione di soggetti svantaggiati a cui riservare un trattamento preferenziale).

Un'attenzione particolare è posta alla possibilità – più volte concretizzatasi – che nel settore delle commesse pubbliche le amministrazioni favoriscano indebitamente determinati operatori locali, aggirando così il principio di parità di trattamento, a detrimento dell'interesse della collettività. L'esigenza di scongiurare favoritismi e tendenze protezionistiche mediante specifiche norme nazionali e comunitarie deputate a disciplinare gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, quindi, scaturisce dalla volontà di assicurare alla collettività che le acquisizioni di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche siano orientate al mantenimento dell'equilibrio tra un livello qualitativo dei prodotti e servizi acquistati e la ricerca del minor prezzo attraverso i meccanismi concorrenziali.

L'elaborazione del *corpus* normativo del *public procurement* sul piano nazionale e comunitario è avvenuta per mezzo di progressivi aggiustamenti volti a migliorare la *performance* del sistema di regole e di gestione del settore. Da una parte, si cerca di ottenere il concreto rispetto dei principi di trasparenza e delle regole di concorrenza; dall'altra parte, è presente il proposito di ovviare all'introduzione di rigidità procedurali che possano rivelarsi controproducenti, ostacolando le amministrazioni nella scelta dell'offerta migliore.

1.1. La disciplina comunitaria dell'evidenza pubblica. I principi cardine e le direttive comunitarie

Il livello di evoluzione comunitaria in materia di appalti pubblici è sintetizzato nel Considerando n. 2 della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, secondo il quale: «*L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di*

coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

In un'ottica di ricostruzione, il principio della disciplina si può rintracciare nell'Atto Unico Europeo²⁵, dove l'articolo 130 F²⁶ stabilisce che la Comunità europea – posto l'intento di incrementare la competitività internazionale – deve consentire agli operatori del mercato di *«sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno della Comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali, alla definizione di norme comuni ed all'eliminazione degli ostacoli giuridici e fiscali a detta cooperazione»*²⁷. Per l'attuazione della linea impostata dall'Atto Unico, le disposizioni di riferimento sono gli articoli 4²⁸ e 14²⁹ del Trattato UE, mentre per quanto concerne i principi richiamati dal Considerando n. 2, i principali vengono direttamente normati nel

²⁵ L'Atto unico europeo (AUE), firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 da nove Stati membri e il 28 febbraio 1986 dalla Danimarca, dall'Italia e dalla Grecia, costituisce la prima modifica sostanziale del trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE). L'AUE è entrato in vigore il 1° luglio 1987. Esso ha proceduto ad una revisione dei trattati di Roma al fine di rilanciare l'integrazione europea e portare a termine la realizzazione del mercato interno. L'Atto ha modificato le regole di funzionamento delle istituzioni europee ed ha ampliato le competenze comunitarie, in particolare nel settore della ricerca e sviluppo, dell'ambiente e della politica estera comune.

L'AUE ha consentito il passaggio, il 1° gennaio 1993, dal mercato comune al mercato unico. Con la creazione di nuove competenze comunitarie e la riforma delle istituzioni, ha inoltre preparato il terreno per l'integrazione politica e l'unione economica e monetaria, le quali saranno istituite dal trattato di Maastricht sull'Unione europea.

²⁶ L'articolo 130 F sarà poi riportato fedelmente nell'articolo 163 della Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea.

²⁷ Nell'originaria versione del Trattato istitutivo dell'Unione Europea non vi era nessun richiamo specifico al settore degli appalti pubblici, ad eccezione degli articoli 132 e 223, i quali, però, non si potevano in nessun modo considerare in rapporto con il concetto di *public procurement*, riferendosi rispettivamente ai rapporti tra gli Stati membri e i territori d'oltremare ed al settore della difesa.

²⁸ Articolo 4, comma 1: *«Ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».*

²⁹ Articolo 14, comma 2: *«Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato».*

Trattato UE. Ci si riferisce alla libera circolazione delle merci³⁰, alla libertà di stabilimento³¹ e alla libera prestazione dei servizi³².

Specifica attenzione è stata posta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia circa la differenziazione tra diritto di stabilimento e libera circolazione dei servizi³³. Il *discrimen* indicato tra i due principi è lo stabilimento dell'operatore nello Stato membro in cui il servizio viene erogato: in caso di servizio prestato da un soggetto stabilito nello stesso territorio, si configura una libertà di stabilimento; mentre, in caso contrario, le attività sono oggetto della libera circolazione dei servizi.

Dai suddetti principi ne derivano altri legati alla parità di trattamento, alla non discriminazione, al riconoscimento reciproco, alla proporzionalità e alla trasparenza.

In primis, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione si esprimono come appendice dei citati articoli 43 e 49 del Trattato UE. In particolare, la parità di trattamento «*impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata*»³⁴.

Di seguito, in base al principio del mutuo riconoscimento, uno Stato membro è tenuto ad approvare la commercializzazione di prodotti e servizi da parte di aziende appartenenti ad altri paesi comunitari, a condizione che beni e servizi «*rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario*»³⁵.

In terzo luogo, il principio di proporzionalità richiede che i provvedimenti adottati siano equi e non eccedenti rispetto agli obiettivi perseguiti, comportando allo stesso tempo il minor onere possibile per i destinatari dei provvedimenti stessi.

³⁰ Articoli 28 e seguenti Trattato UE.

³¹ Articolo 43 Trattato UE. Riguarda la possibilità per le aziende di uno Stato membro di operare nel territorio di qualsiasi altro Stato membro mediante una stabile organizzazione.

³² Articolo 49 Trattato UE. Vieta restrizioni alla libera prestazione di servizi da parte di soggetti degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

³³ Ex multis: Corte di Giustizia CE, 12 luglio 2001, causa n. 399/98, Ordine Architetti Milano Lodi c. Comune di Milano, Pirelli e altri; Corte di Giustizia CE, 22 giugno 1989, causa n. 103/88, Fratelli Costanzo c. Comune di Milano; Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer, 5 giugno 2001, causa 285/99 e causa 286/99, Lombardini e Mantovani S.p.a contro ANAS; Conclusioni dell'Avvocato Generale Leger, 11 novembre 2004, causa 21/03 e causa 34/03, Fabricom Spa e Stato Belga.

³⁴ Vedi Corte di Giustizia, sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/78, Uberschär.

³⁵ Vedi Corte di Giustizia, 7 maggio 1991, causa 340/89, Vlassopoulou; Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, causa 76/90, Denneweyer.

Infine, il principio di trasparenza nell'azione del soggetto pubblico – funzionale tanto all'osservanza del principio di parità di trattamento, quanto al più esteso obiettivo di apertura del mercato – permette agli operatori economici presenti nei diversi settori di «*valutare le proprie chances partecipative in relazione ad un determinato affidamento*»³⁶.

A questi principi, la giurisprudenza ha affiancato quelli di equivalenza ed effettività, i quali si realizzano sia sotto il profilo processuale che sostanziale dei procedimenti di assegnazione degli appalti pubblici³⁷.

L'analisi delle fonti normative consente di affermare che i principi generali riscontrabili nella materia degli appalti pubblici rappresentano il cardine per la creazione di un mercato interno competitivo, laddove la nozione di concorrenza abbraccia sia i rapporti tra le imprese offerenti – imponendo una concorrenza in relazione alle richieste di acquisto – sia l'operato delle amministrazioni aggiudicatrici e degli Stati membri. Questi, in particolare, hanno l'onere di monitorare l'andamento delle procedure di aggiudicazione e di elaborare «*strumenti di ravvicinamento delle disposizioni processuali, per fare sì che la tutela delle posizioni giuridiche garantite dal diritto europeo sia equivalente rispetto a quella prevista negli ordinamenti nazionali*»³⁸.

Una volta impostata la struttura di diritto primario – enunciato nel Trattato attraverso i principi fondamentali – per la costruzione di un mercato europeo degli appalti pubblici, gli organi di governo comunitario hanno ravvisato l'esigenza – come ricordato nella seconda parte del citato Considerando n. 2 della Direttiva 2004/18/CE – di adottare provvedimenti di diritto derivato, le direttive appunto, atti a coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti con valore eccedente soglie

³⁶ Vedi Conclusioni Avvocato Generale Christine Stix Hackl, 12 aprile 2005, causa 231/03, Co.na.me e Comune di Cingia de Botti e Padania Acque Spa.

³⁷ I principi di equivalenza ed effettività si evincono, secondo la Corte di Giustizia, dell'articolo 10 del Trattato UE, che prescrive agli Stati comunitari di adottare «*tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità*». Vedi Corte di Giustizia, 10 aprile 2003, causa 276/01, Steffensen; Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, causa 327/00, Santex.

³⁸ Vedi Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix Hackl, in C-247/02, del 1 luglio 2004, punti 28-41.

predeterminate³⁹, dato il loro effetto macroscopico sul mercato interno e spesso assegnati con logiche sostanzialmente protezionistiche legate ad esigenze di politica economica⁴⁰.

Le prime direttive comunitarie sugli appalti pubblici risalgono agli anni Settanta.

Il riferimento è alle due direttive in materia di appalti di lavori pubblici – Direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971 – e di pubbliche forniture – Direttiva 77/62/CEE del 21 dicembre 1976.

Tra le disposizioni più importanti, i provvedimenti in oggetto trattavano il congruo livello di pubblicità dei bandi di gara; il divieto di norme tecniche discriminatorie; l'armonizzazione dei sistemi di aggiudicazione e l'applicazione di criteri oggettivi ed uniformi, tanto nella selezione qualitativa delle imprese che nell'aggiudicazione dei contratti. Le direttive 71/305 e 77/62, però, rivelarono presto intrinseci limiti alla loro concreta efficacia, legati soprattutto all'assenza di un *corpus* completo ed omogeneo di precetti comunitari; all'ampiezza delle eccezioni contemplate

³⁹ Nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix Hackl (presentate il 14 settembre 2006, in C-507/03 e in C-532/03), si precisa come il rapporto tra diritto primario espresso nelle disposizioni del Trattato e diritto derivato contenuto nelle discipline di settore possa ricondursi a tre fondamentali tipologie.

In primis, il diritto primario si adotta in settori non regolamentati dalle direttive sugli appalti oppure quando l'attribuzione di un servizio o un'acquisizione di beni non sia disciplinato da alcuna direttiva.

In secondo luogo, l'appello al diritto primario può realizzarsi in relazione a settori che, nonostante siano oggetto di disciplina da parte delle direttive di settore, presentino aspetti non espressamente resi oggetto di trattazione. In questo senso, la giurisprudenza comunitaria fa riferimento al principio della interpretazione integrativa o complementare delle direttive per mezzo del diritto primario. Tale profilo di operatività si ricollega alla natura giuridica delle direttive che non immettono una disciplina uniforme ed esaustiva delle materie da esse contemplate, vincolando gli Stati membri soltanto in relazione ad obblighi di risultato.

Infine, quando tutta la disciplina è compresa nelle norme di diritto derivato – cui la Corte di Giustizia attribuisce carattere tassativo – si pone un limite all'attuazione integrativa del diritto primario.

⁴⁰ Una fotografia della generale difficoltà per le imprese di ottenere commesse pubbliche in paesi diversi da quelli di rispettiva appartenenza era già stata scattata nel 1988 da un progetto di ricerca promosso dalla Commissione CEE su "I Costi della Non-Europa", denominato "Rapporto Cecchini". Sulla base delle valutazioni corredate dal rapporto, nel 1986 il valore d'insieme della domanda pubblica in ambito intracomunitario per beni e servizi teoricamente soggetti a concorrenza ammontava a circa 340 miliardi di ECU, ovvero 10% circa del prodotto interno lordo della Comunità. Di questa percentuale, però, solo lo 0,14% del PIL della CEE risultava aggiudicato ad imprese di Stati membri diversi da quello di appartenenza dell'ente appaltante, con ricadute in termini di maggiori costi a carico del contribuente europeo, che il rapporto stimava complessivamente pari a circa 22 miliardi di ECU.

ed al valore economico dei settori espressamente dispensati dall'applicazione delle direttive stesse⁴¹.

Il risultato fu che gli Stati membri mantennero notevoli aree di discrezionalità in ordine alla conservazione di procedimenti interni protezionistici di aggiudicazione degli appalti.

Criticità furono rilevate dalla Commissione europea nello svolgimento dell'analisi sull'impatto delle stesse direttive nel settore degli appalti pubblici, manifestatosi piuttosto marginale. Furono quindi enucleati i comportamenti inopportuni delle amministrazioni aggiudicatrici, connessi anzitutto al costante aggiramento degli obblighi di pubblicità⁴²; in secondo luogo, all'eccessivo ricorso a procedure di aggiudicazione non concorrenziali, ammesse dalle direttive comunitarie, ma solamente in relazione a circostanze specificamente individuate; in terzo luogo, all'uso essenzialmente protezionistico, come già detto, degli standard tecnici nazionali, privilegiati anche in rapporto a quelli corrispondenti di origine comunitaria ed infine, all'arbitrarietà e discriminatorietà dei criteri di selezione delle imprese e di aggiudicazione degli appalti.

Ciò fu possibile per la natura giuridica delle direttive, caratterizzata da un contesto di regole di armonizzazione e coordinamento nell'ambito del quale la direttiva stessa non esplica efficacia diretta⁴³. Gli Stati membri rimanevano così liberi di mantenere o emanare norme procedurali. Successivamente all'introduzione delle direttive 71/305 e 77/60, però, la latitudine della discrezionalità concessa agli stati comunitari nell'attuazione degli obblighi di risultato imposti dalle direttive⁴⁴ divenne presto oggetto di analisi della Corte di Giustizia. In primo luogo, tale discrezionalità

⁴¹ Si tratta dei servizi di pubblica utilità – detti settori “speciali” o “esclusi” – ossia acqua, energia, telecomunicazioni e trasporti.

⁴² Principalmente attraverso le tecniche della frammentazione e della sottostima dei valori effettivi delle commesse pubbliche, in modo da non sopravanzare le soglie minime previste per l'applicazione delle norme comunitarie.

⁴³ È infatti richiesto un atto interno di recepimento.

⁴⁴ Secondo l'art. 249 del Trattato CE: «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

venne ancorata ai principi di proporzionalità⁴⁵ e di leale collaborazione tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni⁴⁶; in secondo luogo, si iniziò a considerare il carattere *self – executing* delle direttive in materia di appalti⁴⁷, riconoscendo alle direttive la capacità di produrre effetti diretti all'interno dei confini nazionali, pur in assenza di norme nazionali di attuazione.

L'analisi di questi aspetti costituì la base sulla quale la Commissione europea elaborò i progetti per il potenziamento delle regole europee per il settore degli appalti pubblici, suggerendo, non solo una revisione delle direttive 71/305 e 77/62 alla introduzione di una maggiore trasparenza ed una più rapida trasposizione di queste negli ordinamenti nazionali, ma anche l'ampliamento dello spazio applicativo delle direttive stesse ai settori "esclusi" e la totale apertura degli appalti pubblici di servizi⁴⁸.

Tali mozioni confluirono – in un primo momento – nel documento denominato *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, presentato nel giugno del 1985⁴⁹, e successivamente anche nel citato Atto Unico Europeo⁵⁰ che diedero un forte impulso alle istituzioni comunitarie per l'adozione della nuova serie di direttive adottate all'inizio degli anni Novanta, volte ad integrare e ad estendere la preesistente normativa.

In tema di lavori pubblici, alla Direttiva 71/305/CEE⁵¹ subentrò la Direttiva del Consiglio CEE del 14 giugno 1993, n. 37; mentre la Direttiva 77/62/CEE relativa agli

⁴⁵ Nella sentenza della Corte di Giustizia 8 aprile 1976, Causa 48/75, si parla di «utilizzo di forme e mezzi più idonei per il conseguimento migliore e totale del risultato prescritto a garanzia dell'efficacia reale delle direttive, tenuto conto del loro scopo».

⁴⁶ Principio espresso dall'art. 10 Trattato CE: «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti.

Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato».

⁴⁷ Vedi Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, C-152/84, Marshall.

⁴⁸ Finora trattati solo in caso di servizi accessori nella fornitura di merci.

⁴⁹ COM(85) 310, giugno 1985. Si tratta del primo Libro bianco dell'Unione Europea che prende il nome dal suo designatore Jacques Delors. In generale in questo documento si poneva l'obiettivo sia del completamento del Mercato Unico, sia della specificazione dei benefici attesi conseguiti dalla sua realizzazione. A tal fine stabiliva le tappe del processo d'integrazione a partire dal 1985 e venivano scanditi i tempi e le procedure che avrebbero portato nel 1993 al completamento del Mercato Unico e all'avvio della fase di preparazione dell'Unione Economica e Monetaria, alla costruzione della moneta unica (Euro) e poi all'allargamento di nuovi paesi.

⁵⁰ Vedi Nota 11.

⁵¹ Già aggiornata dalla Direttiva 89/440/CEE del 18 luglio 1989.

appalti di forniture pubbliche⁵² fu sostituita dalla Direttiva del Consiglio CEE del 14 giugno 1993, n. 36.

Con il nuovo pacchetto di direttive dedicato agli appalti pubblici, inoltre, trovò dignità comunitaria anche il settore dei servizi pubblici, con la Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992⁵³.

Per ciò che concerne, infine, gli appalti di lavori e forniture aggiudicati nei settori dei servizi di pubblica utilità, fu prima adottata la Direttiva 90/531/CEE del 17 settembre 1990, poi sostituita dalla Direttiva del Consiglio CEE del 14 giugno 1993, n. 38.

In tema di pubblicità, le norme europee intervengono, a livello generale, con ampi obblighi informativi volti a perseguire un'effettiva imparzialità, facilitando alle imprese la partecipazione alle gare di appalto.

Il principio di pubblicità, quindi, è uno strumento finalizzato a garantire le funzioni principali che connotano le fattispecie procedimentali ad evidenza pubblica, ovvero la massima apertura ai potenziali interessati e la parità di trattamento⁵⁴. Nonostante caratterizzi più di una fase, la pubblicità rileva al massimo grado in quella di apertura. Mediante la trasmissione del bando, infatti, si può assicurare nella misura più ampia la potenziale partecipazione del più alto numero di concorrenti e, di conseguenza, l'acquisizione del più largo spettro di opzioni fra cui scegliere.

⁵² Già aggiornata dalla Direttiva 88/295/CEE del 22 marzo 1988.

⁵³ Quest'ultima, insieme alle direttive 93/37 e 93/36, subì importanti modifiche con l'introduzione nell'ordinamento della Direttiva 97/52/CE del 13 ottobre 1997.

⁵⁴ Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05:

- punto 52: «Come risulta dal secondo e dal decimo 'considerando', la direttiva (2004/18/CE) mira a eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori, al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva. Come precisato nel decimo 'considerando', lo sviluppo di tale concorrenza richiede una pubblicità a livello comunitario dei bandi di gara che contenga sufficienti informazioni per permettere agli imprenditori della Comunità europea di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse. Al riguardo, la soglia prevista dall'art. 6 della direttiva serve a garantire che gli appalti pubblici che hanno un valore sufficientemente elevato da giustificare una partecipazione intracomunitaria siano portati a conoscenza dei potenziali offerenti».
- punto 53: «Dato che l'obiettivo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva è proprio di garantire ai potenziali offerenti stabiliti nella Comunità europea l'accesso agli appalti pubblici che presentano per loro interesse, ne consegue che è a partire dal loro punto di vista che deve essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all'art. 6 della direttiva».

Sullo stesso tema Corte di Giustizia CE, 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409, punto 52, punto 90.

Inoltre, è solo all'indomani della pubblicazione dell'atto di avvio del procedimento che quest'ultimo diviene vincolante per l'amministrazione, la quale è tenuta a darvi seguito, e soprattutto giuridicamente rilevante per i soggetti interessati a partecipare alla selezione⁵⁵.

Le norme sulla pubblicità, se interessano soprattutto la fase iniziale dei procedimenti in questione, ne caratterizzano anche il successivo svolgimento: pubbliche sono le sedute di gara nel corso delle quali si aprono le buste contenenti le offerte economiche, soggetti a forme di pubblicità sono i risultati delle procedure di scelta del contraente.

La pubblicità, in conclusione, si pone come un principio generale⁵⁶ che costituisce una connotazione caratterizzante delle procedure di evidenza pubblica, svolgendo la duplice funzione di consentire la massima apertura ai potenziali interessati e di garantire al tempo stesso la parità di condizione e di trattamento dei partecipanti.

Particolare attenzione è posta alle procedure di aggiudicazione dei contratti, classificate in tre tipologie – ovvero procedure “aperte”, “ristrette” e “negoziate” – in base al grado di apertura rispetto ai potenziali candidati. Nel caso di procedura aperta, infatti, ogni impresa interessata può avanzare la propria proposta, a differenza della procedura ristretta, dove l'offerta può essere presentata esclusivamente dalle imprese invitate dalle amministrazioni o dagli enti aggiudicatori⁵⁷. Nelle procedure negoziate, infine, le amministrazioni o gli enti aggiudicatori interpellano gli operatori economici scelti discrezionalmente e vi trattano i requisiti del contratto. Il ricorso a quest'ultimo

⁵⁵ In questo momento si cristallizzano i criteri che orienteranno la fase di valutazione, i quali – una volta stabiliti e resi pubblici – non saranno successivamente modificabili se non prima dello svolgimento delle valutazioni e comunque entro margini limitati, pena la ripubblicazione del bando. Qui la pubblicità risulta strumentale all'imparzialità: i criteri ormai immutabili garantiranno ai partecipanti parità di trattamento e imparzialità di giudizio da parte dell'amministrazione e assicureranno a quest'ultima che la scelta sarà la conseguenza di una comparazione obiettiva tra più offerte confezionate proprio intorno alle esigenze predeterminate dalla stazione appaltante.

⁵⁶ Articolandosi poi in regole diverse per ciascun procedimento e per ciascuna fase procedimentale.

⁵⁷ Precisamente, in caso di lavori pubblici la decisione tra procedure aperte e ristrette non è assoggettata a regole specifiche. Viene, inoltre, accreditata alle amministrazioni aggiudicatrici la prerogativa di integrare nel bando di gara, e in funzione della natura dell'opera da realizzare, una forcella indicante il numero minimo (non inferiore a 5) e massimo (che può essere fissato a 20) delle imprese che si intendono invitare. Diversamente, per le forniture pubbliche c'è una chiara regola. È espresso, infatti, il favore per le procedure aperte. L'appello alle procedure ristrette è consentito per ipotesi adeguatamente circoscritte (ad esempio per la necessità di rispettare un equilibrio tra il valore dell'appalto ed i costi della procedura oppure per la natura specifica dei prodotti oggetto della fornitura).

tipo di procedura di aggiudicazione, sia per gli appalti pubblici di forniture che di lavori, deve essere circoscritto a circostanze giustificative tassativamente individuate, riconducibili alle categorie dell'eccezionale urgenza, dell'anomalia delle offerte a seguito di una procedura aperta o ristretta e delle prestazioni effettuate unicamente a scopo di ricerca e di sperimentazione. Le norme impongono che tali fattispecie vadano puntualizzate nel verbale che le amministrazioni aggiudicatrici redigono e trasmettono per ogni appalto aggiudicato, su richiesta della Commissione europea. Lo stesso documento, contiene l'elenco dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e di quelli esclusi, nonché rispettivamente i motivi della scelta o del rigetto.

Per i servizi di pubblica utilità, come sempre, sussistono misure proprie. In merito alle procedure di aggiudicazione, il sistema risulta maggiormente flessibile, concedendo agli enti aggiudicatori la decisione tra le diverse modalità, salvo il rispetto degli obblighi di pubblicità⁵⁸.

⁵⁸ Dergoabili nelle ipotesi previste dall'art. 15, paragrafo 2, della Direttiva 90/531/CEE:

«2. Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza indizione preventiva di una gara nei casi seguenti:

- a) quando in risposta ad una procedura aperta o negoziata con indizione non siano pervenute offerte appropriate, sempre che le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente;
- b) nel caso degli appalti rispondenti esclusivamente a scopi di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo e non allo scopo di assicurare la redditività o il recupero delle spese di ricerca e di sviluppo;
- c) quando, a causa di particolarità tecniche, artistiche o per ragioni attinenti alla tutela dei diritti di esclusiva, l'appalto non può essere affidato che ad un fornitore o ad un imprenditore determinato;
- d) nella misura strettamente necessaria, quando per l'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per l'ente aggiudicatore i termini stabiliti per le procedure aperte o ristrette non possono essere rispettati;
- e) nel caso degli appalti di forniture per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente, o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento del fornitore obblighi l'ente aggiudicatario ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche differenti, l'impiego o la manutenzione del quale comporterebbe incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;
- f) per i lavori complementari che non figuravano nel progetto iniziale aggiudicato, né nel primo contratto concluso e che, a causa di una circostanza imprevista, siano divenuti necessari per l'esecuzione dell'appalto, purché l'attribuzione sia fatta all'imprenditore che esegue l'appalto iniziale: [...];
- g) nel caso degli appalti di lavori, quando si tratti di nuovi lavori che consistono nella ripetizione di opere simili affidate dagli stessi enti aggiudicatori all'impresa titolare del primo appalto, a condizione che i nuovi lavori siano conformi ad un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un appalto in seguito all'indizione di una gara ; la possibilità del ricorso a questa procedura deve essere indicata in occasione del primo appalto e la somma complessiva prevista per il seguito dei lavori sarà presa in considerazione dagli enti aggiudicatori per l'applicazione dell'articolo 12;

A completamento dell'*iter* di assegnazione degli appalti pubblici, le direttive comunitarie fissano due criteri alternativi di aggiudicazione: il “prezzo più basso” e l’“offerta economicamente più vantaggiosa”. Naturalmente, l'applicazione del secondo parametro richiede una espressa formalizzazione – nel capitolato d'oneri o nel bando di gara – di numerosi fattori funzionali all'appalto⁵⁹.

Il pacchetto di direttive comunitarie dei primi anni Novanta, infine, si completa con le cosiddette *direttive ricorsi*⁶⁰, le quali coordinano le disposizioni nazionali sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici classici e speciali. L'obiettivo principale delle direttive 86/65 e 92/13 è salvaguardare l'ottemperanza alle norme mediante l'eliminazione delle barriere create dalle peculiarità dei sistemi amministrativi locali. Obiettivo perseguito garantendo la tutela giuridica dei soggetti privati che subiscono decisioni e comportamenti delle amministrazioni aggiudicatrici in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

Le misure adottate con il pacchetto di direttive europee dei primi anni Novanta divengono poco dopo l'oggetto della Comunicazione della Commissione europea n. 583 del 27 novembre 1996⁶¹ – «*Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro*». Nel documento emergono le numerose criticità derivanti tanto da un recepimento problematico delle direttive, quanto da una loro erronea trasposizione. Si riscontrano due principali ordini di complicazioni: da una parte,

-
- h) *quando si tratta di forniture quotate e acquistate in borsa;*
 - i) *per gli appalti da aggiudicare sulla base di un accordo quadro purché sia soddisfatta la condizione di cui all'articolo 5, paragrafo 2;*
 - j) *per gli acquisti d'opportunità, qualora sia possibile acquistare forniture approfittando di un'occasione particolarmente vantaggiosa che si è presentata in un periodo di tempo molto breve e per le quali il prezzo da pagare è sensibilmente inferiore rispetto ai prezzi normalmente praticati sul mercato;*
 - k) *per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessa definitivamente la propria attività commerciale ovvero presso curatori o liquidatori di un fallimento, di un concordato giudiziale o di procedure analoghe previste dalle norme legislative e regolamentari nazionali».*

⁵⁹ Quali ad esempio il termine di esecuzione o di consegna, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico e, per gli appalti di forniture, anche la qualità, il carattere estetico e funzionale, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica.

⁶⁰ Direttiva 89/665/CE del 21 dicembre 1989 per i ricorsi nei settori classici e Direttiva 92/13/CE del 25 febbraio 1992 per i ricorsi nei settori speciali. Entrambe saranno modificate l'11 dicembre 2007, con l'entrata in vigore della Direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive ricorsi «*quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*».

⁶¹ Libro Verde sul sistema degli appalti pubblici nell'Unione Europea, (1996) COM/96/583.

problemi di natura “tecnica”, quali il richiamo nella disciplina statale a principi differenti da quelli racchiusi nelle direttive, la qualità mediocre di bandi e avvisi di appalto e, infine, l’impiego di regole di selezione e aggiudicazione incongruenti con l’impianto procedurale delle direttive. Dall’altra parte, si evidenziano comportamenti elusivi della norma comunitaria da parte delle amministrazioni locali, che troppo spesso optano per procedure negoziate, superandone i limiti tassativi per l’applicazione⁶² oppure evitano di adottare i principi fondamentali del Trattato in relazione ad ambiti non strettamente ricompresi nelle discipline di settore⁶³.

Alla luce delle incertezze segnalate, la Commissione propone – nel citato Libro Verde del 1996 – di potenziare i sistemi di vigilanza e controllo delle procedure di aggiudicazione negli Stati membri e di approntare tecniche di risoluzione per ripristinare, nel caso di violazioni, uno *status* aderente al diritto europeo. In più, viene prospettata la creazione di un *network* di autorità indipendenti⁶⁴, al fine di verificare l’adeguata attuazione delle direttive sugli appalti.

Muovendo dai pareri inviati nel corso della consultazione sul Libro Verde, la Commissione Europea perfeziona la Comunicazione sugli appalti pubblici COM (98) 143 dell’11 marzo 1998, in cui si riconosce la necessità di semplificare il quadro normativo e rendere più flessibili le procedure applicative, anche adeguandole alle opportunità offerte dalle nuove tecnologie elettroniche. Nello stesso documento, inoltre, si annuncia l’adozione di un nuovo pacchetto legislativo, che vedrà la luce il 31 marzo 2004, con le direttive 17 e 18 del Parlamento europeo e del Consiglio che coordinano, rispettivamente, le *procedure di appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali* e le *procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*. Le direttive *ricorsi* restano invece in vigore.

La Direttiva 2004/18/CE ha il merito di unificare tutte le norme comunitarie in materia di appalti pubblici (esclusi naturalmente i settori speciali oggetto della direttiva 2004/17), sostituendo le tre precedenti direttive in materia di lavori, forniture e servizi.

⁶² Evitando, in aggiunta, di pubblicare il bando nella maggior parte dei casi.

⁶³ Quali, ad esempio, affidamenti concessori, appalti sotto-soglia e convenzioni di urbanizzazione.

⁶⁴ Composta dalla Commissione UE e da autorità nazionali cooperanti.

L'articolo 29 della dir. 2004/18 introduce una nuova procedura di aggiudicazione – denominata *dialogo competitivo* – «alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte»⁶⁵. Tale procedura flessibile può essere utilizzata in caso di progetti particolarmente complessi nei settori classici⁶⁶, poiché in grado di salvaguardare sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto⁶⁷.

Dall'analisi ad ampio spettro delle direttive di ultima generazione si evidenzia un ruolo sempre più centrale delle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ottica della realizzazione degli obblighi di risultato⁶⁸.

L'ipotesi di un maggiore potere decisionale in capo alle amministrazioni nella realizzazione delle regole comunitarie aspira a tutelare la loro effettività, laddove si realizzi la condizione che il legislatore nazionale o regionale operino una lettura riduttiva del contenuto delle regole stesse⁶⁹. Alle amministrazioni aggiudicatrici è

⁶⁵ Art. 1, par. 11, lett. c), dir. 2004/18/CE.

⁶⁶ Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Un appalto pubblico è considerato «particolarmente complesso» quando l'amministrazione aggiudicatrice:

- non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'articolo 23, paragrafo 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o
- non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto.

⁶⁷ Tuttavia tale procedura non deve essere utilizzata in modo che limiti o distorca la concorrenza, in particolare mediante modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo elementi nuovi sostanziali all'offerente scelto ovvero coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. (Considerando n. 31, dir. 2004/18/CE).

⁶⁸ Sempre maggiore discrezionalità, infatti, emerge da istituti come la procedura negoziata o il dialogo competitivo. In questo senso, anche la Corte di Giustizia manifesta una tendenza favorevole alla valorizzazione dei poteri della pubblica amministrazione (Corte di giustizia CE, II, 7 ottobre 2004, C-247/02).

⁶⁹ Sul tema vedi anche Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02), Paragrafo 1.3 – Rilevanza per il mercato interno: «Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto

quindi permessa una maggiore libertà di azione attraverso moduli organizzativi inediti e più flessibili, *«pur nel pieno rispetto dei principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e tutela giurisdizionale»*⁷⁰.

Ciò costituisce, secondo il giudizio di autorevole dottrina, la trasposizione sul piano giuridico della classificazione di derivazione economica tra integrazione negativa – conseguita innanzitutto attraverso norme di divieto, misure tariffarie e limitazioni agli aiuti di stato, con il fine di rimuovere le barriere per la realizzazione del mercato – ed integrazione positiva, realizzata tramite strumenti volti a garantire l'applicazione di regole uniformi⁷¹.

Ad oggi, le direttive 17 e 18 sono oggetto del pacchetto di misure presentato il 20 dicembre 2011 dalla Commissione europea, orientato a riformare la normativa in materia di appalti pubblici. Il pacchetto è compreso nell'ambito delle iniziative volte a favorire il completamento del mercato unico europeo prospettate nell'Atto per il mercato unico (Single Market Act) del 13 aprile 2011 e contiene esattamente le comunicazioni COM(2011)895, COM(2011)896 e COM(2011)897, inerenti rispettivamente i settori speciali, i settori classici e le concessioni⁷².

dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario».

⁷⁰ NOBILE A., *Le nuove direttive: i principi generali*, in FIORENTINO L., LACAVA C., (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Quaderni del Giornale di Diritto amministrativo, Roma, 2004, pag. 13.

⁷¹ TORCHIA L., *“Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo”*, cit., pag. 55.

⁷² Per quanto riguarda le concessioni, l'obiettivo della proposta della Commissione europea – formulata anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea – è di fornire un quadro giuridico certo nel settore delle procedure di aggiudicazione delle concessioni ed eliminare gli ostacoli che, da un lato, impediscono agli operatori economici di accedere ai mercati delle concessioni e dall'altro lato sconsigliano ad amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori di ricorrere a tali strumenti per perseguire i propri fini.

La Commissione ritiene che gli ostacoli all'accesso al mercato delle concessioni siano dovuti alle significative differenze tra le varie discipline nazionali, con particolare riferimento, tra l'altro, alle norme procedurali, ai requisiti di pubblicità e trasparenza, ai criteri di selezione e di aggiudicazione che – sempre secondo la Commissione – produrrebbero condizioni di disparità per gli operatori economici. Ulteriore motivo d'intervento indicato dalla Commissione è l'attuale insufficiente tutela giuridica degli offerenti, poiché le vigenti norme concernenti i mezzi di ricorso nel settore degli appalti pubblici non si applicano alle concessioni di servizi (e in una certa misura anche alle concessioni di lavori).

Le nuove norme subentreranno alle direttive 2004/17/CE⁷³ e 2004/18/CE⁷⁴ allo scopo di avvicinare, per quanto possibile, la disciplina dei settori “speciali” a quella dei settori classici⁷⁵.

1.2. L’influenza della disciplina comunitaria sulla realizzazione del Codice dei contratti pubblici italiano

Nell’ordinamento italiano l’evidenza pubblica è intesa come schema procedimentale preordinato di carattere speciale, cui la pubblica amministrazione è tenuta a ricorrere nell’esplicazione della propria capacità negoziale di diritto privato, al fine di curare l’interesse pubblico affidatole dalla legge, che giustifica la necessità di contrattare, la scelta del contraente e la formazione del consenso⁷⁶.

Attraverso l’esternazione dell’*iter* procedurale seguito dall’amministrazione si tenta di rendere trasparente e verificabile il particolare rapporto che si viene ad instaurare tra pubblica amministrazione e soggetto privato, assicurando, da una parte, il più conveniente assetto contrattuale per l’amministrazione e, dall’altra parte, per il contraente privato la garanzia che l’amministrazione non operi favoritismi verso alcuno dei soggetti che partecipano alla selezione per l’affidamento dell’appalto⁷⁷.

L’attenzione dell’ordinamento alla regimentazione delle attività preordinate all’assegnazione dei contratti pubblici – o comunque il suo assoggettamento a criteri di

⁷³ Appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

⁷⁴ Aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

⁷⁵ Ai fini dell’elaborazione delle nuove misure la Commissione ha tenuto conto dei risultati di due consultazioni pubbliche svolte nel 2011 su due libri verdi riguardanti rispettivamente la modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici (COM(2011)15), e l’estensione degli appalti elettronici nell’UE (COM(2010)571), intese ad individuare gli aspetti della normativa UE sugli appalti suscettibili di modifiche e adeguamenti.

⁷⁶ In dottrina, Vedi GIANNINI M.S., “*Diritto amministrativo*”, Milano, Giuffrè, 1970; GALLUCCI C., voce *Appalto Pubblico*, in Enc. Giuridica Treccani; ZACCARIA, “*I contratti della pubblica amministrazione*”, Roma, 1983; GRECO G., “*I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*”, Giuffrè, Milano, 1986; SGRO A., “*Appalti di forniture: procedure di evidenza pubblica*”, Giuffrè, Milano, 2004; LEGGIADRO F., “*I contratti di rilevanza comunitaria, commento a Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”, in Urbanistica e appalti, 2006, n. 8; ASPRONE M., “*La procedura ad evidenza pubblica: caratteri generali*”, in Nuova Rassegna di legislazione, dottrina, giurisprudenza, 2009; FRANCHINI C. “*I contratti di appalto pubblico*”, UTET Giuridica, 2010.

⁷⁷ Così FIDONE G., “*Un’applicazione di Analisi Economica del Diritto: la procedura per la scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing*” SIDE-ISLE working paper, 2005.

imparzialità e correttezza amministrativa⁷⁸ – deriva principalmente dal fatto che la scelta dell'operatore economico nell'ambito dell'attività contrattuale della p.a. attribuisce vantaggi dal punto di vista economico e di beni giuridici.

La penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, inoltre, ha conferito alle regole dell'evidenza pubblica una finalità ulteriore di armonizzazione al fine di creare un mercato unico al quale tutti i soggetti interessati possano accedere con condizioni di partecipazione analoghe e non discriminatorie sulla base della nazionalità. Come già diffusamente spiegato nel precedente paragrafo, tutte queste esigenze possono essere comprese in una generale necessità di tutela della concorrenza. Le discipline nazionali che regolano i settori degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture devono, quindi, garantire che l'affidamento degli appalti avvenga nel rispetto dei principi del Trattato CE e delle norme contenute nelle direttive comunitarie. Si può cogliere facilmente la complessità della materia degli appalti pubblici, caratterizzata, sul piano della regolazione, dalla sovrapposizione di fonti provenienti da ordinamenti diversi e, sotto il profilo sostanziale, dall'assenza di un modello uniforme idoneo per tutte le pubbliche amministrazioni⁷⁹.

Una prima osservazione va fatta in merito alla qualificazione strutturale della procedura ad evidenza pubblica. Secondo la tesi classica, dovuta al Giannini e assunta dalla letteratura come cardine della sistematica dei contratti pubblici⁸⁰, la procedura in analisi è concepita come un sistema a doppio binario, che unisce due procedimenti paralleli: il primo – definito *serie negoziale* – volto alla formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione e retto dalle norme di diritto privato, rispetto al quale i singoli sono portatori di diritti soggettivi; il secondo – *serie*

⁷⁸ LEDDA F., "Il problema del contratto nel diritto amministrativo", Torino, 1964 ora in Scritti giuridici, Padova, 2002, pag. 323: «Quando si tratti di commesse pubbliche, si vuole, a ragione, che del contratto l'amministrazione disponga imparzialmente: favoritismo e abuso devono essere impediti ad ogni costo». Nel senso della configurazione della procedura ad evidenza pubblica come bene giuridico la cui tutela deve essere salvaguardata da parte dell'ordinamento in nome dei principi della imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., si veda, *ex multis*: TAR Calabria, sez. II, 22 luglio 2004 n. 1679, relativa al fenomeno del collegamento sostanziale tra imprese rilevante ai fini della partecipazione alla gara.

⁷⁹ Così, GIANNINI M.S. "I contratti ad evidenza pubblica", cit., pag. 393: «la procedura ad evidenza pubblica annovera atti che hanno più o meno la stessa funzione, quale che sia l'amministrazione agente ma non hanno sempre la stessa struttura».

⁸⁰ GIANNINI M.S., "Diritto amministrativo", cit., 1970.

procedimentale – funzionale alla scelta del contraente e disciplinato da norme di diritto pubblico, a fronte del quale vengono determinate posizioni di interesse legittimo⁸¹.

La suddivisione del procedimento in due distinte serie è dovuta alle caratteristiche specifiche della capacità contrattuale dell'amministrazione pubblica. In tale capacità, infatti, convivono i tratti salienti attraverso i quali si manifesta l'autonomia negoziale nel senso proprio del diritto comune⁸² e la cura di interessi pubblici non coincidenti con quelli generalmente contemplati nel contratto di diritto privato, il cui contemperamento imprime un forte vincolo funzionale derivante dal rispetto delle regole sull'evidenza pubblica⁸³.

In questo senso, sia attua la ripartizione tra attività amministrativa di diritto privato, nel senso appena descritto, e attività di spettanza necessaria della pubblica amministrazione, ovvero quella che l'organizzazione pubblica pone in essere per la cura in via immediata di interessi propri, non coincidenti con quelli della collettività⁸⁴.

Un orientamento dottrinale più recente, invece, distingue nell'evidenza pubblica una natura unitaria, composta da atti amministrativi idonei a produrre effetti negoziali⁸⁵, ma nel 2007 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401, ha implicitamente aderito alla teoria tradizionale, stabilendo che *«l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si*

⁸¹ In particolare, in questa seconda fase, l'autorità contraente è tenuta a spiegare le *ragioni di interesse pubblico per le quali vuole addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto* in modo da *dare evidenza alle ragioni di interesse pubblico per le quali si sono adottate certe condizioni ed a controllarle*.

⁸² Espressi nella libertà di scelta della propria controparte contrattuale, nella determinazione dell'oggetto negoziale e definizione dell'assetto di interessi.

⁸³ Tradizionalmente ricostruite come norme imperative, non derogabili da parte dei contraenti. In giurisprudenza, Consiglio di Stato, Adunanza generale n. 2 del 17.2.2000, secondo cui: *«Nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli Enti Pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche, ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti Enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini loro assegnati»*. Vedi anche Consiglio di Stato, Ad. Plen. ordinanza 30 aprile 2000, n. 1; Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 4 del 22 aprile 1999 e più di recente Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126.

⁸⁴ POLI V., *“Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni”*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale, in base a questa differenziazione, considera non sostenibile una totale fungibilità tra contratto e atto amministrativo, almeno con riferimento alla attività di spettanza necessaria della p.a..

⁸⁵ GRECO G., *“I contratti ad evidenza pubblica”*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000; SCOCA F.G., voce *“Attività amministrativa”*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 2002.

caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale»⁸⁶.

Dal punto di vista ricostruttivo, in Italia il processo di recepimento della disciplina comunitaria sugli appalti è stato difficoltoso. Le misure nazionali di esecuzione, perlopiù recepite in ritardo rispetto alle scadenze⁸⁷, hanno esatto ulteriori sistemazioni, in particolare alla luce delle numerose procedure di infrazione per la mancata conformità alle direttive della normativa di recepimento e per la non corretta applicazione dei principi comunitari da parte delle singole amministrazioni, che hanno

⁸⁶ Corte Cost. n. 401/2007, punto 6.8.

⁸⁷ Recepimento direttive comunitarie:

- ✓ Direttiva 71/30/CEE del 26 luglio 1971 relativa agli appalti di lavori pubblici (termine di adeguamento 30 luglio 1972), recepita con la Legge n. 584 dell'8 agosto 1977;
- ✓ Direttiva 77/62/CEE del 21 dicembre 1976 relativa agli appalti di forniture pubbliche (termine di adeguamento 23 giugno 1978), recepita con la Legge n. 113 del 30 marzo 1981;
- ✓ Direttiva 88/295/CEE del 22 marzo 1988 relativa agli appalti di forniture pubbliche (termine di adeguamento 1 gennaio 1989), recepita con il Decreto Legislativo n. 48 del 15 gennaio 1992;
- ✓ Direttiva 89/440/CEE del 18 luglio 1989 relativa agli appalti di lavori pubblici (termine di adeguamento 19 luglio 1990), recepita con il Decreto Legislativo n. 406 del 19 dicembre 1991;
- ✓ Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 relativa alle procedure di ricorso per appalti pubblici di forniture e di lavori (termine di adeguamento 21 dicembre 1991), recepita con la Legge n. 142 del 19 febbraio 1992;
- ✓ Direttiva 90/531/CEE del 17 settembre 1990 relativa agli appalti di forniture e di lavori nei settori di pubblica utilità (termine di adeguamento 1 luglio 1992), recepita con il Decreto Legislativo n. 158 del 17 marzo 1995;
- ✓ Direttiva 92/13/CEE del 25 febbraio 1992 relativa alle procedure di ricorso per appalti pubblici di forniture e di lavori nei settori di pubblica utilità (termine di adeguamento 1 gennaio 1993), mai recepita e convogliata nella Direttiva 07/66/CE, a sua volta recepita con il Decreto Legislativo n. 53 del 20 marzo 2010;
- ✓ Direttiva 93/36/CEE del 14 giugno 1993 relativa agli appalti di forniture pubbliche (termine di adeguamento 14 giugno 1994), recepita con il Decreto Legislativo n. 402 del 20 ottobre 1998;
- ✓ Direttiva 93/38/CEE del 14 giugno 1993 relativa appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (termine di adeguamento 14 giugno 1994), recepita con il Decreto Legislativo n. 158 del 17 marzo 1995.

I ritardi, come si vede, variano dai circa cinque anni occorsi per il recepimento della prima direttiva sugli appalti di lavori pubblici, ai due mesi relativi all'attuazione della direttiva in materia di procedure di ricorso (nel qual caso, tuttavia, la preesistenza nel nostro ordinamento di un consolidato sistema di garanzie formali - di natura sia amministrativa che giurisdizionale - ha reso assai più agevole l'osservanza degli obblighi comunitari).

I ritardi nel recepimento delle direttive non possono comunque costituire un alibi per la loro mancata applicazione. Secondo la concorde giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, 22 giugno 1989, causa n. 103/88, cit. e della Corte Costituzionale (sentenza del 4 luglio 1989 n. 389) non solo gli organi giurisdizionali, ma anche quelli amministrativi hanno l'obbligo di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto comunitario. Pertanto le singole amministrazioni hanno il dovere di applicare le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, anche se esse non sono ancora recepite nell'ordinamento interno.

motivato ripetuti interventi da parte della Commissione CEE ed alcune esplicite e formali censure della Corte di Giustizia⁸⁸.

Tali comportamenti omissivi, che rappresentano soltanto una delle innumerevoli forme di resistenza che hanno accompagnato nel nostro paese l'introduzione e l'attuazione dei principi comunitari in materia di liberalizzazione e di apertura alla concorrenza del settore delle commesse pubbliche, proteggono, nel brevissimo termine, l'industria nazionale, ma comportano danni notevoli nel più lungo periodo.

Il quadro normativo nazionale in vigore alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE era formato da un'importante successione di atti legislativi e regolamentari.

Gli appalti e le concessioni di lavori pubblici erano disciplinati – sia sopra che sotto la soglia comunitaria – dalla Legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109⁸⁹ e successive modificazioni, nonché dalle relative disposizioni di attuazione ed esecuzione, attuate anni dopo la legge quadro⁹⁰. Per le forniture, vi erano molte fonti normative per gli appalti sopra la soglia comunitaria e sotto la soglia, nonché per le forniture in economia⁹¹, mentre per i servizi esistevano unicamente la disciplina degli appalti sopra la soglia e dei servizi in economia⁹².

Si ricorda che le competenze legislative in materia di appalti pubblici nell'ordinamento italiano hanno subito un cambiamento grazie all'introduzione della riforma dell'articolo 117 della Costituzione, realizzata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Antecedentemente a questa, infatti, gli appalti pubblici rientravano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, mentre il nuovo articolo 117 – attraverso il principio di sussidiarietà – ha ricavato un ruolo anche alle regioni⁹³.

⁸⁸ Cfr. sent. 22.9.1976, causa 10/76 e sent. 17.2.1981, causa 133/80.

⁸⁹ Legge quadro in materia di lavori pubblici (c.d. *legge Merloni*), pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 41 del 19 febbraio 1994 - Supplemento Ordinario n. 29.

⁹⁰ Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 355/06 del 6 febbraio 2006. Cfr. anche parere della Conferenza unificata Stato-Regioni-Città del 9 febbraio 2006.

Una speciale disciplina per le grandi opere era contenuta nel Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n. 190, che attuava la legge delega 12 dicembre 2001, n. 443 (c.d. *legge obiettivo*).

⁹¹ Cfr. in particolare, il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 544, che contiene anche la disciplina dei lavori in economia.

⁹² Si tratta rispettivamente del Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358, del decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 573 e del decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 3.

⁹³ Il mancato inserimento degli appalti pubblici tra le materie di competenza statale, esclusiva o concorrente, ha inizialmente fatto sorgere il dubbio che la materia fosse affidata alla competenza

Nel periodo in questione, anche la Corte di Giustizia e la Commissione europea sono più volte intervenute sul tema del recepimento delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale.

Per quanto concerne la legge quadro sui lavori pubblici, la sentenza n. C-247/02 del 7 ottobre 2004 ne ha stabilito l'incompatibilità con la normativa comunitaria laddove l'aggiudicazione può avvenire soltanto sulla base del criterio del prezzo più basso, mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è applicabile soltanto in specifiche ipotesi. Le amministrazioni nazionali possono, infatti, comunque avvalersi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dalla direttiva, anche disapplicando la normativa interna. L'adeguamento della normativa alla sentenza della Corte è stato inserito tra i criteri per l'esercizio della delega all'attuazione delle nuove direttive comunitarie, prevista dall'articolo 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004).

La stessa l. n. 62/2005 ha apportato varie modifiche alla legge n. 109/1994 per tenere conto dei rilievi sollevati dalla Commissione in merito al mancato rispetto dell'obbligo di adeguata pubblicità, derivante dal principio generale di trasparenza, per i lavori al di sotto della soglia comunitaria e alla definizione troppo ampia degli appalti di lavori nel diritto nazionale, che comporta la mancata pubblicazione su scala comunitaria di bandi di gara che dovrebbero essere pubblicati in base alle direttive sulle forniture e

legislativa esclusiva delle Regioni. La questione è poi stata chiarita dalla nota sentenza n. 303 del 1/10/2003 della Corte Costituzionale, la quale ha precisato che «*la mancata inclusione dei 'lavori pubblici' nell'elencazione dell'articolo 117 [...] non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale si riferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti*». Di seguito, lo stesso giudice delle leggi ha osservato che le disposizioni relative all'acquisto di beni e servizi secondo procedure di evidenza pubblica hanno «*un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche*» (sentenza n. 345 del 15 novembre 2004); conseguentemente, essendo la tutela della concorrenza riservata alla potestà legislativa dello Stato (articolo 117, comma 2, lettera e), sussiste una competenza esclusiva statale anche rispetto alla disciplina degli appalti pubblici.

Ciò non esclude la sussistenza di ambiti di potestà legislativa regionale. La Corte ha infatti ripetutamente chiarito che la tutela della concorrenza si caratterizza come una competenza trasversale e per la natura funzionale e quindi, nel momento in cui la tutela della concorrenza coinvolge ambiti di competenza regionale, l'intervento del legislatore statale deve essere contenuto entro limiti di adeguatezza e proporzionalità al fine di evitare un'illegittima compressione dell'autonomia delle Regioni.

sui servizi, le cui soglie di rilevanza comunitaria sono assai meno elevate di quelle della direttiva lavori⁹⁴.

La delega al Governo per l'attuazione delle due direttive comunitarie 2004/17 (settori speciali) e 2004/18 (settori ordinari) del 31 marzo 2004, contenuta nell'articolo 25 della legge comunitaria 2004, ha infine previsto la compilazione di un testo unico recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato. Tale previsione si concretizza con il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163⁹⁵ – *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

Il Codice dei contratti pubblici uniforma e razionalizza l'intera materia dei contratti pubblici, in particolare unificando discipline precedentemente distinte, introducendo elementi di semplificazione delle procedure e nuovi istituti di derivazione comunitaria precedentemente sconosciuti alla disciplina italiana degli appalti. Esso entra in vigore il 1° luglio 2006.

Inoltre, il comma 3 del richiamato articolo 25 delega il Governo ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore del Codice, disposizioni correttive ed integrative del medesimo. Conseguentemente vengono emanati tre decreti legislativi: il n. 6 del 26 gennaio 2007⁹⁶; il n. 113 del 31 luglio 2007⁹⁷ ed il n. 152 dell'11 settembre 2008⁹⁸. Quest'ultimo emanato a seguito della necessità di tenere conto non solo di alcuni rilievi in materia di concorrenza formulati dalla Commissione europea nei

⁹⁴ Nel marzo 2005 la Commissione ha presentato un ulteriore ricorso alla Corte, riguardo a una disposizione della legge finanziaria per il 1995 che consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici, alla scadenza di un appalto di forniture o servizi, di prorogarlo a favore dello stesso contraente senza ricorrere ad alcuna procedura di gara ad evidenza pubblica. Il ricorso è stato successivamente ritirato in seguito all'abrogazione, prevista dalla legge comunitaria 2004, della disposizione impugnata.

⁹⁵ Pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006, Supplemento Ordinario n. 107.

⁹⁶ «Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004)», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 25 del 31 gennaio 2007.

⁹⁷ «Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 luglio 2007 - Supplemento Ordinario n. 173.

⁹⁸ «Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 231 del 2 ottobre 2008 - Supplemento Ordinario n. 227.

confronti dell'Italia e della sentenza della Corte di Giustizia del 15 maggio 2008⁹⁹ sull'esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sottosoglia, ma anche dalla necessità di snellire alcune procedure non funzionali alle esigenze di trasparenza e apertura di mercato. Infine, il Codice dei contratti pubblici è oggetto di numerose modifiche nell'ambito di alcuni decreti-legge. Si tratta, per il 2011, del decreto – legge 13 maggio 2011, n. 70¹⁰⁰, che all'articolo 4 modifica numerose disposizioni del Codice e del Regolamento, riguardanti soprattutto i requisiti di partecipazione alle gare¹⁰¹ e del decreto – legge 6 dicembre 2011, n. 201¹⁰², che innova la disciplina delle concessioni e della finanza di progetto, incentivando l'utilizzo di capitali privati, e tenta di favorire la partecipazione delle PMI nella realizzazione delle opere pubbliche. Nel 2012, invece, vengono emanati i decreti – legge 24 gennaio 2012, n. 1¹⁰³ e 9 febbraio 2012, n. 5¹⁰⁴: il primo interviene nuovamente sulla disciplina della finanza di progetto e delle concessioni di lavori pubblici e prevede norme riguardanti, tra le altre, l'approvazione dei progetti, il dialogo competitivo, nonché l'introduzione del contratto di disponibilità; il secondo, all'articolo 20, reca importanti disposizioni allo scopo di disciplinare la Banca dati dei contratti pubblici e definire le procedure per la selezione dello sponsor per il finanziamento e la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali.

Il percorso normativo brevemente descritto è caratterizzato dal costante sforzo per provvedere a limiti e carenze del sistema degli appalti pubblici italiano che nel tempo sono emersi, come detto, soprattutto in forma di volontari comportamenti di

⁹⁹ Cause riunite C-147/06 e C-148/06 - SECAP SpA e Santorso Soc. coop. arl contro Comune di Torino, avente ad oggetto in particolare gli appalti di lavori che non raggiungono le soglie previste dalle direttive 93/37/CEE e 2004/18/CE e gli obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice derivanti dai principi fondamentali del diritto comunitario.

¹⁰⁰ «Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 110 del 13 maggio 2011.

¹⁰¹ Sono coinvolti nelle modifiche anche la finanza di progetto, le varianti, le riserve, le opere compensative, l'accordo bonario, l'istituzione di elenchi di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, l'innalzamento dei limiti di importo per l'affidamento degli appalti di lavori mediante la procedura negoziata e la procedura semplificata ristretta, nonché la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare.

¹⁰² «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», pubblicato in Gazzetta Ordinaria n.284 del 6 dicembre 2011 - Supplemento Ordinario n. 251.

¹⁰³ «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 19 del 24 gennaio 2012 - Supplemento Ordinario n. 18.

¹⁰⁴ «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 33 del 9 febbraio 2012 - Supplemento Ordinario n. 27.

amministrazioni aggiudicatrici e talvolta dello stesso legislatore, atti ad eludere le stringenti regole comunitarie.

Tali comportamenti hanno ostacolato la diffusione delle regole di aggiudicazione di tipo concorrenziale e contribuito all'elevata frammentazione del quadro normativo. L'estrema complessità e dispersione delle regole – derivante dalla sovrapposizione di interventi legislativi e regolamentari succedutisi in un arco di tempo superiore al secolo¹⁰⁵ – ha, infatti, da una parte, favorito un'organizzazione dell'attività produttiva non efficiente e, dall'altra parte, reso meno trasparente l'esercizio dell'attività contrattuale dell'Amministrazione con grave pregiudizio dell'interesse pubblico e delle opportunità concorrenziali delle imprese. L'obiettivo del Codice dei contratti pubblici è in sostanza di fornire alle amministrazioni e agli operatori una legge organica contenente principi e norme generali della materia.

1.2.1 Le fasi del procedimento

Detto ciò, il procedimento ad evidenza pubblica inizia con la deliberazione a contrarre, ovvero predisponendo un progetto di contratto¹⁰⁶. Nel primo caso, la deliberazione a contrarre è un provvedimento amministrativo di tipo gestionale, che deve precedere la definizione di qualsiasi negozio dell'organo pubblico, poiché predispone il contenuto del futuro contratto e ne costituisce il presupposto¹⁰⁷, mentre il progetto di contratto, che spesso è costituito da uno schema di contratto-tipo, racchiude gli atti contenenti l'indicazione dell'oggetto e delle condizioni alle quali l'amministrazione è disposta a contrattare con i terzi¹⁰⁸.

¹⁰⁵ I fondamenti generali della disciplina degli appalti pubblici in Italia sono contenuti nella legge 20 marzo 1865, n. 2248 (All. F). Gli interventi legislativi finalizzati ad adeguare e modificare il quadro normativo sono stati numerosi, senza tuttavia un disegno unitario, rispondendo ad esigenze specifiche ed introducendo deroghe e norme speciali.

¹⁰⁶ ASPRONE M., "La procedura ad evidenza pubblica: caratteri generali", cit., pag. 885.

¹⁰⁷ Secondo il Codice dei contratti pubblici, articolo 11 – Fasi delle procedure di affidamento comma 2: «Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte».

¹⁰⁸ Ad esempio: spesa prevista, modalità di scelta del contraente, ecc...

Alla determinazione a contrarre segue la fase di scelta del contraente, durante la quale l'amministrazione deve rispettare una serie di norme volte ad escludere ogni arbitrio nella scelta e a garantire congrue condizioni contrattuali¹⁰⁹.

La scelta del contraente può compiersi attraverso il ricorso a vari sistemi, quali la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura negoziata ed il dialogo competitivo¹¹⁰.

Per quanto concerne la procedura aperta, essa è caratterizzata dall'elaborazione dell'intero contratto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e aperto a tutti i soggetti economici in possesso dei requisiti fissati nel bando per partecipare alla gara.

Nel sistema contabilistico nazionale, procedura aperta è sinonimo di asta pubblica (o pubblico incanto), procedimento antichissimo e noto sin dal diritto romano.

Nell'originario disciplina contabilistica¹¹¹ era l'ordinario sistema di scelta del contraente in tutti i contratti dai quali derivasse un'entrata o una spesa, mentre la licitazione privata – l'attuale procedura ristretta – era considerata strumento eccezionale¹¹². Nel corso degli anni la disciplina contabile ha subito importanti modifiche, in base alle quali la scelta tra asta pubblica o licitazione privata veniva rimessa al giudizio discrezionale dell'amministrazione¹¹³. Parallelamente l'ordinamento

¹⁰⁹ L'intero Capo II del D.Lgs. n. 163/2006 è dedicato ai *Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*.

¹¹⁰ Articolo 54 Codice dei contratti pubblici – Procedure per l'individuazione degli offerenti:

«1. Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo, di cui al presente codice.

2. Esse aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta.

3. Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo.

4. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara».

¹¹¹ Art. 3, Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 – Nuove disposizioni sull'Amministrazione del Patrimonio e sulla contabilità generale dello stato: «I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che, per particolari ragioni, delle quali si dovrà fare menzione nel decreto di approvazione del contratto e limitatamente ai casi da determinare con regolamento, l'amministrazione non intenda fare ricorso alla licitazione privata ovvero nei casi di necessità, alla trattativa privata».

¹¹² Il Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 – Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato disciplina all'art. 38 tassativamente i casi nei quali la licitazione privata era consentita.

¹¹³ Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 627 – Semplificazione e snellimento delle procedure in materia di amministrazione e contabilità generale dello Stato che modifica l'art. 3 del r.d. 2440/1923.

comunitario si stava sviluppando nello stesso senso, ovvero considerando la procedura aperta alternativa alla procedura ristretta.

La procedura aperta consta di vari passaggi.

Essa ha inizio con la pubblicazione del bando di gara¹¹⁴, con invito a partecipare alla procedura concorsuale. Il bando deve necessariamente indicare gli elementi essenziali della procedura, quali le informazioni connesse alla stazione appaltante, le caratteristiche oggettive delle prestazioni da eseguire¹¹⁵, i requisiti di capacità tecnica ed economica necessari per la partecipazione alla procedura e il criterio di aggiudicazione¹¹⁶.

Seguono l'ammissione dei concorrenti e la presentazione delle offerte. Ai sensi dell'art. 55, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, la presentazione deve essere effettuata secondo modalità e termini fissati nel bando di gara¹¹⁷.

¹¹⁴ Art. 64, d.lgs. n. 163/2006.

¹¹⁵ Importo e natura dell'opera, tempo massimo e luogo di esecuzione.

¹¹⁶ La natura giuridica del bando di gara è controversa. Secondo la concezione privatistico – negoziale, infatti, il bando si configurerebbe come un'offerta al pubblico ovvero come un invito ad offrire. Posto che in esso non è indicato il prezzo, se ne esclude, infatti, la natura di proposta contrattuale. Secondo la concezione pubblicistica, invece, il bando è un tipico atto amministrativo, volto a dare inizio e a regolare la fase procedimentale diretta alla stipula di un contratto. Nell'ambito della c.d. concezione pubblicistica si contrappongono, peraltro, due opposti indirizzi giurisprudenziali. Per il primo, il bando è assimilabile ad un atto amministrativo; per il secondo, invece, ad esso va riconosciuta la particolare qualificazione di atto normativo. Secondo quest'ultima impostazione, esso si configura come *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica.

L'impostazione che qualifica il bando come *lex specialis*, fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, ha un'importante implicazione: le prescrizioni del bando di gara, infatti, non vincolano solo i concorrenti, ma anche l'Amministrazione, la quale non dispone, quindi, di margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione.

In tale prospettiva è stato affermato che «nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento; pertanto, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la p.a. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, anche nel caso che con tale “*lex specialis*” la p.a. si sia illegittimamente autovincolata, mediante esplicito rinvio ad una fonte normativa (erroneamente richiamata), attesa la sua non disapplicabilità» (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43).

Ne deriva che le prescrizioni del bando di gara non possono neppure essere disapplicate dalla PA, ancorché ritenute genericamente “inadeguate”; esse, infatti, «costituiscono la *lex specialis* della gara stessa, la quale vincola non solo i concorrenti ma anche la stessa amministrazione, la quale non dispone di alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento d'ufficio del bando» (Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263).

¹¹⁷ Come disciplinato dall'art. 70 del Codice dei contratti pubblici. A questo fine si deve tener conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e delle attività ordinariamente necessarie per preparare le offerte, assicurando in ogni caso agli interessati la disponibilità di un adeguato lasso di tempo.

Una volta presentata l'offerta, gli interessati sono perfettamente legittimati a partecipare alla procedura concorsuale, salvi gli adempimenti relativi alla verifica dei requisiti di ammissione, alla completezza della documentazione presentata e alla tempestività delle offerte.

Infine, dopo il vaglio delle offerte¹¹⁸, si arriva all'aggiudicazione dell'appalto al contraente che ha fatto l'offerta migliore, salva l'apertura – se necessaria – del procedimento di verifica dell'anomalia. Molto importante è la verbalizzazione delle operazioni di gara, così come prevista dall'art. 70 del d.lgs. 163/2006, volta a garantire trasparenza e a consentire ai terzi di verificare la regolarità e correttezza dello svolgimento della procedura.

L'aggiudicazione dell'offerta avviene preliminarmente in forma provvisoria *«soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni»*¹¹⁹. Dopodiché la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva, che diviene efficace solo successivamente al buon esito della verifica dei requisiti. Secondo costante giurisprudenza¹²⁰ l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva¹²¹.

¹¹⁸ L'apertura delle offerte avviene in seduta pubblica affinché, in ossequio ai principi di continuità della gara e di trasparenza, gli interessati possano presenziare e verificare la correttezza della procedura.

¹¹⁹ Articolo 12 – *Controlli sugli atti delle procedure di affidamento* – comma 1, Codice degli appalti.

¹²⁰ *Ex multis* Consiglio di Stato, Sezione IV - Sentenza 12/04/2011 n. 2283; TAR Palermo, Sezione III - Sentenza 18/03/2011 n. 504; Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 08/03/2011 n. 1446; TAR Napoli, Sezione VIII - Sentenza 10/02/2011 n. 834.

¹²¹ L'aggiudicazione provvisoria è, pertanto, un atto ad effetti instabili, del tutto interinali, a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario. In attesa dell'aggiudicazione definitiva e del concreto inizio del servizio non vi è alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente che possa postulare il riferimento in sede di revoca dell'aggiudicazione ad un interesse pubblico giustificativo del sacrificio del privato e l'Amministrazione ha altresì il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione (cfr sul punto da ultimo T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 24 settembre 2008 , n. 10735).

L'aggiudicazione definitiva non equivale comunque ad accettazione dell'offerta, dal momento che non realizza l'incontro delle volontà tra il privato e la pubblica amministrazione; momento, questo, subordinato alla stipula del contratto. La procedura di gara, infatti, altro non è che la fase di individuazione del contraente con cui la p.a. stipulerà un contratto, del tutto assimilabile, sotto il profilo funzionale, alla fase delle trattative che precede la conclusione di un contratto tra soggetti privati; in questo caso, tuttavia, la fase precontrattuale è procedimentalizzata e rigorosamente disciplinata dalla legge in ragione non solo dell'interesse pubblicistico connesso alla prestazione oggetto del contratto *in fieri*, ma anche e soprattutto di evidenti esigenze di trasparenza e imparzialità che connotano l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.¹²².

Il contratto, in base all'articolo 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 deve essere stipulato – divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva del contratto – entro sessanta giorni ovvero «*salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario*». Una volta stipulato, sul contratto verranno eseguiti tutti i controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

Rispetto alla procedura aperta brevemente illustrata, la procedura negoziata si realizza attraverso una preselezione delle imprese concorrenti che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando¹²³. La fase di prequalificazione assolve all'esclusiva funzione di accertare il possesso dei requisiti (con la conseguente selezione

¹²² Cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV - Sentenza 03/09/2008 n. 4115: «*Tale possibilità di individuare nella procedura di gara un procedimento amministrativo che "doppia", limitatamente alla fase precontrattuale, una vicenda che altrimenti rivestirebbe rilievo esclusivamente privatistico (secondo quella che parte della dottrina definisce "teoria del doppio grado") trova oggi un rilevante aggancio testuale nell'art. 11, comma VII, del d.lgs. 14 aprile 2006, nr. 163, il quale, nel disporre che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta" (in tal modo ribaltando l'opposto principio contenuto nella normativa previgente), ha inteso proprio sancire la netta separazione tra il procedimento amministrativo e la vicenda contrattuale su cui s'innesta (cfr. Corte cost., sent. 23 novembre 2007, nr. 401)*».

¹²³ La discrezionalità dell'amministrazione in ordine ai soggetti da invitare alla procedura ristretta ha subito un processo di riduzione. Nell'originaria disciplina contabilistica, infatti, la licitazione privata si distingueva dall'asta pubblica poiché non erano previste forme di pubblicità né avvisi di alcun genere e la gara si svolgeva tra un numero limitato di imprese, singolarmente invitate dall'amministrazione nell'esercizio dei propri poteri discrezionali. Dopo numerosi adattamenti legislativi, ad oggi secondo l'art. 54 del Codice dei contratti pubblici alle procedure ristrette per l'affidamento di un contratto pubblico sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando.

delle imprese da invitare) ed è distinta dalla gara vera e propria, in cui a seguito delle lettere d'invito vengono presentate le offerte. Nella procedura ristretta l'invito corrisponde al bando di gara della procedura aperta; deve quindi indicare le caratteristiche del contratto, il tipo di procedura seguita per l'aggiudicazione, i termini e le modalità per la presentazione delle offerte.

In conclusione, si provvede alla valutazione delle offerte e alla scelta della migliore, con l'aggiudicazione.

Allo stato attuale, quindi, la sostanziale distinzione tra procedura ristretta e procedura aperta è rappresentata dal solo fatto che la prima è caratterizzata dalla presenza di una fase di prequalifica, nella quale la stazione appaltante valuta la sussistenza dei requisiti di partecipazione da parte di chi ha presentato la domanda, mentre nella seconda l'offerta può provenire da qualunque imprenditore che si sia determinato a partecipare alla gara, dimostrando il possesso dei requisiti necessari. Di conseguenza la licitazione privata, da sistema eccezionale di scelta del contraente qual'era, connotato da ampia discrezionalità dell'amministrazione, è divenuto sistema meramente alternativo all'asta¹²⁴.

Alle procedure di aggiudicazione ordinarie, quali sono le procedure aperte e ristrette, si affiancano strumenti di scelta del contraente più snelli – cioè senza vincoli formali stabiliti a priori per la scelta del contraente – utilizzabili qualora intervengano ragioni di urgenza ed eccezionalità.

Tra questi strumenti, il più importante è la procedura negoziata¹²⁵.

E' una forma di contrattazione caratterizzata da una maggiore libertà di scelta del contraente privato ed un'ampia discrezionalità nella valutazione del corrispettivo; quest'ultimo, infatti, può essere il risultato di trattative dirette tra ente procedente e

¹²⁴ Quanto alle scansioni temporali di questa procedura bifasica evidentemente più dilatate rispetto alle procedure aperte, occorre aver riguardo alle analitiche disposizioni contenute nell'art. 70, d.lgs. n. 163/2006 dove si stabilisce che il termine per la ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a 37 giorni dalla trasmissione del bando di gara, fissando in ulteriori 40 giorni – decorrenti dalla data di invio della lettera di invito – il termine minimo per la ricezione delle offerte. Tali tempistiche, tuttavia non sono inderogabili: il legislatore consente alle stazioni appaltanti di ridurre significativamente i predetti termini (sino a 15 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione e sino a 10 giorni per la presentazione delle offerte) in presenza di ragioni di urgenza che, per espresso disposto del comma 11 del citato art. 70, vanno menzionate nel bando di gara specificando quali siano le circostanze ostative al rispetto dei tempi ordinari.

¹²⁵ Conosciuta nell'ordinamento nazionale come trattativa privata.

operatore economico. Il soggetto privato sovente prende parte fattivamente alla programmazione dei canoni contrattuali del rapporto, che invece nelle procedure ordinarie sono esclusivo appannaggio della stazione appaltante. Per questi motivi, è evidente che il momento pubblicistico si colloca prima e dopo la formazione del contratto, investendo le sole fasi di determinazione a contrattare e approvazione del contratto¹²⁶. Il procedimento amministrativo contempla solamente una fase di negoziazione diretta tra amministrazione e privato, senza l'aggiudicazione. L'amministrazione, dopo aver eventualmente svolto raccolte di informazioni e analisi dei costi, seleziona l'operatore con il quale intavolare le trattative. In questa fase, il soggetto privato tratta con la parte pubblica i singoli elementi del contratto, mutuando il rapporto interprivato.

Il procedimento si conclude con la stipulazione, che in questo caso ha efficacia costitutiva. La giurisprudenza sull'argomento¹²⁷ appare univoca nel ritenere che, nel sistema di contrattazione a trattativa privata, sia pure preceduta da una gara ufficiosa, diritti ed obblighi per la stazione appaltante e l'operatore economico contraente scaturiscono solo dalla formale stipulazione del contratto, non potendo attribuirsi all'atto di aggiudicazione il valore di conclusione del contratto, bensì, semplicemente, l'effetto di individuazione dell'offerta migliore, cui segue la fase delle trattative precontrattuali. L'individuazione dell'offerta migliore resta, pertanto, un atto sostanzialmente discrezionale, al di fuori di ogni automatismo, con la conseguenza che non può assumere il valore di conclusione del contratto.

La scelta del contraente da parte di una pubblica amministrazione mediante procedura negoziata è, come già accennato, un sistema eccezionale, derogatorio alle ordinarie procedure selettive, concorsuali e concorrenziali. Dalla rilevata eccezionalità, da sempre sancita dall'ordinamento¹²⁸, deriva l'obbligo di una motivazione congrua e dettagliata che giustifichi il ricorso a tale sistema in luogo di altro¹²⁹.

¹²⁶ Così CASETTA E., *"Manuale di diritto amministrativo"*, Giuffrè, 2008.

¹²⁷ Cfr. TAR Napoli, Sezione I - Sentenza 03/07/2009 n. 3705; TAR Lazio Roma, Sez. II, 3 settembre 2008 n. 8046.

¹²⁸ A partire dalla legge e dal regolamento sulla contabilità di Stato del 1923/24.

¹²⁹ In giurisprudenza, TAR Bologna, Sezione I - Sentenza 31/07/2009 n. 1107; Consiglio di Stato, sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797.

Alla luce delle criticità della procedura negoziata legate sia alla evidente compressione della concorrenza nell'aggiudicazione dell'appalto, sia alla facile introduzione di elementi di corruzione, progressivamente, e anche in questo caso sotto l'influenza del diritto comunitario, l'istituto ha subito diverse modifiche, soprattutto sotto il profilo procedurale, che hanno condotto ad una marcata proceduralizzazione del modello, al fine di garantire comunque trasparenza e correttezza dell'azione.

In questo senso la legge Merloni¹³⁰ e le sue successive modificazioni hanno via via circoscritto il campo delle opportunità di ricorso a questo istituto¹³¹.

L'innovazione al tradizionale istituto della trattativa privata ha portato all'odierna distinzione, nel nostro ordinamento, tra procedure con pubblicazione di un bando di gara e procedure senza preventiva pubblicazione del bando, disciplinate, rispettivamente, dagli articoli 56 e 57 del Codice dei contratti pubblici, dove sono indicati dettagliatamente i presupposti necessari per ricorrervi, secondo un elenco da considerarsi tassativo e non meramente esemplificativo.

Alla prima tipologia si riconducono le seguenti ipotesi: *«quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte [...]; nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo»*¹³².

Le procedure negoziate previa pubblicazione del bando di gara si dipanano in due fasi. La prima si sostanzia nella valutazione delle imprese da invitare sulla base dei requisiti segnalati nel bando, al termine della quale gli operatori economici vengono chiamati a presentare le offerte. Il secondo momento vede la negoziazione con i concorrenti delle offerte presentate, affinché queste possano adeguarsi alle esigenze

¹³⁰ Legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109.

¹³¹ L'art. 24 di questa legge (abrogato in seguito dal Codice dei contratti pubblici), infatti, puntava a ridurre la discrezionalità dell'amministrazione e a garantirne la trasparenza e la correttezza, ammettendo l'affidamento a trattativa privata in tre soli casi e considerando l'importo complessivo dei lavori. Si tentava in tal modo di porre dei limiti ben precisi alla possibilità di affidamento diretto dei contratti, anche se, d'altra parte, si perseverava nell'emanazione di discipline derogatorie di emergenza.

¹³² Art. 56, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

indicate nel bando di gara e, comunque, al fine di discernere l'offerta migliore, sempre attraverso i criteri del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹³³.

Tale procedura si sovrappone per molti aspetti con le procedure ordinarie, fatta eccezione per la fase della negoziazione vera e propria; questa, infatti, accorda alla procedura negoziata profili specifici di elasticità¹³⁴.

Per quanto riguarda la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, le stazioni appaltanti possono aggiudicarvi contratti pubblici in tre ipotesi generali relative a lavori, servizi e forniture:

a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti¹³⁵.

¹³³ Art. 56, comma 2, d.lgs. n. 163/2006.

¹³⁴ Per ovviare alle distorsioni che possono derivare dalla negoziazione, la norma prevede che «le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri» (art. 56, comma 3, d.lgs. n. 163/2006).

¹³⁵ Art. 57, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. I commi successivi prevedono un'ampia casistica con riferimento al diverso oggetto dei contratti pubblici (forniture: 3° comma; servizi: 4° comma; lavori: 5° comma).

Rimane l'obbligo dell'adeguata motivazione circa la scelta, da parte dell'amministrazione, della procedura negoziata nella delibera o determina a contrarre¹³⁶.

La procedura senza preventiva pubblicazione del bando è senza dubbio la forma più libera fin qui esaminata, nonostante il legislatore nazionale, al contrario di quello comunitario, abbia imposto alcuni vincoli procedurale, seppur di carattere non vincolante¹³⁷.

Oltre alla trattativa privata, un'altra procedura che presenta caratteri di eccezionalità è il dialogo competitivo, introdotto dall'art. 29 della Direttiva n. 2004/18/CE – e recepito nell'art. 58 del Codice dei contratti pubblici – come strumento facoltativo di scelta del contraente e il legislatore domestico ne ha mantenuto il carattere opzionale: *«nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti possono avvalersi del dialogo competitivo»*¹³⁸.

È la stessa disposizione a indicare in quali circostanze possa reputarsi soddisfatto il requisito della particolare complessità¹³⁹ e ad imporne l'obbligo di motivazione in merito alla sussistenza di tali presupposti¹⁴⁰.

¹³⁶ Art. 57, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

¹³⁷ Il riferimento è alle condizioni elencate nel comma 6 dell'art. 57 del Codice dei contratti pubblici: *«Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando»*.

¹³⁸ Art. 58, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

¹³⁹ Art. 58, comma 2, d.lgs. n. 163/2006: Ai fini del ricorso al dialogo competitivo un appalto pubblico è considerato «particolarmente complesso» quando la stazione appaltante:

- non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'articolo 68, comma 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o
- non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche,

In estrema sintesi, si tratta di una procedura a cui qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare; la stazione appaltante – dopo aver pubblicato un bando di gara in cui rende noti obiettivi o necessità contingenti¹⁴¹ – avvia un dialogo¹⁴² con i candidati ammessi, al fine di valutare le soluzioni più adatte a soddisfare le necessità dell'ente¹⁴³; solo le ditte selezionate saranno invitate a presentare offerte. Infine, l'amministrazione valuta le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo, individuando l'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴⁴.

I passaggi più complessi del dialogo competitivo sono costituiti, da una parte, dalle ragioni che legittimano il ricorso stesso ad una procedura così peculiare e, dall'altra parte, dalle valutazioni discrezionali compiute dalla stazione appaltante e dalla commissione di gara relativamente alle soluzioni progettuali proposte.

In virtù delle sopra richiamate complessità, il legislatore si è preoccupato di specificare che *«le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza»*¹⁴⁵.

Alla fase di scelta del contraente segue la stipulazione del contratto, ovvero l'accordo tra le parti che viene consacrato in un atto formale di carattere bilaterale¹⁴⁶, il

architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

¹⁴⁰ Art. 58, comma 3, d.lgs. n. 163/2006.

¹⁴¹ «[...] che definiscono nel bando stesso o in un documento descrittivo che costituisce parte integrante del bando, nei quali sono altresì indicati i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, [...], i criteri di valutazione delle offerte [...] e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura» (art. 57, comma 5, d.lgs. n. 163/2006).

¹⁴² Previo parere tecnico, non giuridico, del Consiglio superiore dei lavori pubblici (art. 57, comma 1, d.lgs. n. 163/2006).

¹⁴³ Art. 58, comma 6, d.lgs. n. 163/2006. I commi 6, 7 e 8 intervengono per regolamentare alcuni aspetti nevralgici di questa fase:

«7. Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti, in particolare non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri.

8. Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo.

9. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara e nel documento descrittivo».

¹⁴⁴ Secondo il comma 2 dell'art. 58, l'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è, infatti, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

¹⁴⁵ Art. 58, comma 18, d.lgs. n. 163/2006.

quale viene rogato da un funzionario della P.A. (forma pubblica amministrativa) oppure da un notaio (forma notarile)¹⁴⁷. Una caratteristica specifica dei contratti della pubblica amministrazioni, rispetto al diritto privato, riguarda l'obbligo – confermata da uniforme giurisprudenza¹⁴⁸ – che essi siano sempre conclusi in forma scritta. Va tenuto presente che il mancato rispetto della forma scritta, richiesta *ad substantiam*, produce la nullità assoluta dell'atto, rilevabile anche d'ufficio. Non hanno importanza comportamenti taciti o manifestazioni di volontà altrimenti date, in quanto la forma scritta *ad substantiam* è uno strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, nell'interesse sia del cittadino sia della pubblica amministrazione¹⁴⁹.

La formale stipulazione del contratto non è vincolante quando per la selezione dell'operatore economico siano state utilizzate procedure aperte o ristrette, poiché in questi casi l'accordo e la costituzione del vincolo giuridico risultano già dall'aggiudicazione. La stipulazione, pertanto, potrebbe essere connessa a necessità di trasparenza e completezza nella disciplina del rapporto: comunicare l'avvenuto adempimento delle obbligazioni preliminari o inserire le indicazioni integrative dell'aggiudicazione, come l'elezione di domicilio¹⁵⁰.

Se la stipulazione non avviene nel termine di sessanta giorni (salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire), l'aggiudicatario può «*sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto*»¹⁵¹.

Posteriore alla fase della stipulazione è l'approvazione del contratto da parte dell'autorità competente, che deve avvenire entro un termine di trenta giorni. L'amministrazione ha la libertà di non dare corso all'approvazione del contratto «*quando sopravvenute e preminenti esigenze di interesse pubblico giustifichino tale scelta*»¹⁵²,

¹⁴⁶ Il contratto deve contenere tutte le clausole che disciplineranno il rapporto tra stazione appaltante e operatore economico, quali – ad esempio – il termine di esecuzione e le penali, il programma di esecuzione dei lavori, gli oneri a carico dell'appaltatore, la liquidazione dei corrispettivi e le modalità di soluzione delle eventuali controversie.

¹⁴⁷ ASPRONE M., "La procedura ad evidenza pubblica: caratteri generali", cit., pag. 418.

¹⁴⁸ Cassazione Sez. Un. Civili, 22 marzo 2010, n. 6827.

¹⁴⁹ Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 28 settembre 2010, n. 20340.

¹⁵⁰ La giurisprudenza è risalente: Cassazione sentenza 18 marzo 1982, n. 1764; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 21 maggio 1982, n. 419; Cassazione sentenza 29 ottobre 1981, n. 5702.

¹⁵¹ Art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006.

¹⁵² Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004 n. 3463.

ovvero per mancanza di copertura finanziaria¹⁵³. L'approvazione è una *condicio iuris* di efficacia del contratto, estranea alla fase formativa del contratto in sé considerato: una volta approvato, esso produce effetti retroattivi sin dal momento della stipulazione o della aggiudicazione¹⁵⁴. È evidente che, in questa fase, il soggetto pubblico si trovi in uno *status* di superiorità, poiché al vincolo del privato, conseguente alla regolare conclusione del contratto, non corrisponde un analogo obbligo per l'ente, che invece potrebbe addirittura impedire l'eseguibilità del contratto.

Infine, l'approvazione del contratto è sottoposta ad eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti o degli altri soggetti aggiudicatori; controlli che dovranno avvenire nel rispetto dell'ulteriore termine di trenta giorni, salva diversa previsione contenuta nei singoli ordinamenti¹⁵⁵.

Una volta intervenuta l'approvazione e i relativi controlli, il contratto diventa efficace e può essere eseguito. L'esecuzione si produce con consegna dei lavori, sintagma che individua l'atto con cui l'appaltatore viene immesso nel possesso dell'area da edificare o dell'immobile in cui dovranno eseguirsi i lavori, nonché dell'area eventualmente destinata alla formazione del cantiere. Con la consegna deve essere garantita all'appaltatore l'effettiva disponibilità delle aree o dei locali e tale disponibilità deve persistere durante tutta l'esecuzione dell'opera, poiché diversamente sarebbe il committente a rispondere dei danni derivanti dall'eventuale sospensione dei lavori¹⁵⁶.

¹⁵³ TAR Palermo, Sezione I - Sentenza 04/02/2011 n. 210; TAR Firenze, Sezione II - Sentenza 19/09/2008 n. 2060: la condotta tenuta dall'Amministrazione nel porre in essere una procedura di affidamento di lavori e nel concluderla senza mai addivenire alla stipula del contratto ed alla esecuzione dei lavori, per l'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, realizza un comportamento divergente da quelle regole di buona fede e correttezza (art. 1337 cod. civ.) che vanno osservate anche dall'Amministrazione nella fase precontrattuale (Cfr. su analoga vicenda Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 5 settembre 2005, n. 6 e Sez. V, 6 dicembre 2006 n. 7194 nonché, anche in epoca precedente, T.A.R. Lazio, sez. I, 7 luglio 2003, n. 5991). Come è noto, presupposto della responsabilità precontrattuale è la circostanza che una parte, nel corso delle trattative, abbia fatto sorgere nell'altra un ragionevole affidamento in ordine alla futura stipula di un contratto, interrompendo poi le trattative senza giustificato motivo. L'art. 1337 c.c. infatti stabilisce che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. Va quindi ribadito il principio per cui la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, non configurabile durante la procedura di evidenza pubblica, lo diventa solo dal momento dell'aggiudicazione fino alla formale stipula del contratto (cfr., per tutte, Cass., SS.UU., 26 maggio 1997 n. 4673, ferma restando però la configurabilità della responsabilità precontrattuale anche in ipotesi di ritiro in autotutela degli atti di gara ancorché ad aggiudicazione già intervenuta).

¹⁵⁴ Vedi CASETTA E., "Manuale di diritto amministrativo", cit., pagg. 596-597.

¹⁵⁵ Art. 12, comma 3, d.lgs. n. 163/2006.

¹⁵⁶ LODI ARBITRALI Roma - Sentenza 03/08/2010 n. 107.

In breve, è possibile affermare che il legislatore del Codice degli appalti abbia recepito uno schema procedimentale “quadrifasico”, comprensivo dell’aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva, stipulazione del contratto e approvazione del contratto (e relativi controlli). La particolare attenzione dedicata alla fase dei controlli fisiologici va inquadrata nell’ottica dell’esigenza di ridurre al minimo i rischi di interruzione dell’attività amministrativa che sempre si annidano in caso di impugnativa degli atti della procedura di aggiudicazione del contratto e, dunque, in un più generale quadro di snellimento dell’azione amministrativa¹⁵⁷.

Ad oggi, il Codice dei contratti pubblici rappresenta la sintesi degli ordinamenti comunitario e nazionale e mostra la sostanziale convergenza in ordine all’utilizzo dello schema della gara come sistema di scelta del contraente¹⁵⁸.

I metodi di gara risultano rigidamente tipizzati e rivelano una netta preferenza per quelle procedure caratterizzate da oneri formali o assoggettate a doveri di pubblicità, trasparenza e apertura, al fine di soddisfare l’interesse pubblico della scelta del miglior offerente nel rispetto dei principi fondanti l’azione amministrativa e della massima apertura del mercato concorrenziale.

Il settore dei contratti pubblici è, quindi, disciplinato da norme scandite in modo analitico e rigoroso, che lasciano ben pochi spazi di autonomia alle stazioni appaltanti. Nonostante un *corpus* normativo così specifico, nel corso della presente trattazione si descriverà una grave – sia in termini giuridici che finanziari – prassi di tipo elusivo,

¹⁵⁷ Così GUZZO G., “L’appalto pubblico: fisiologia e patologia della vicenda contrattuale nel nuovo schema legislativo e giurisprudenziale”, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it il 14 maggio 2010.

¹⁵⁸ Di fatto, l’ordinamento italiano aveva già da anni posto la gara al centro della disciplina dei contratti pubblici, sin dall’art. 331 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, il quale faceva menzione delle aste e delle altre operazioni di appalto e degli incanti per la realizzazione di lavori pubblici. Dello stesso tenore le norme contenute nella legge (r.d. 2440/1923, art. 3, vedi nota 168) e nel regolamento sulla contabilità di Stato (r.d. 827/1924, art. 36).

Ponendo maggiore attenzione all’attività di acquisizione di beni o servizi e realizzazione di lavori degli enti locali, va fatto riferimento al contenuto dell’art. 87 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, in base al quale «i contratti dei Comuni riguardanti alienazioni, locazioni, acquisti, somministrazioni od appalti di opere devono di regola essere preceduti da pubblici incanti con le forme stabilite per i contratti dello Stato». Allo stesso modo, l’art. 192 del Testo Unico degli Enti Locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), stabilisce che per la stipulazione dei contratti dell’ente locale si applicano le modalità di scelta del contraente vigenti in materia di contratti della P.A. e delle «procedure previste dalla normativa dell’Unione Europea recepite o comunque vigenti nell’ordinamento giuridico italiano».

derivante dall'utilizzo strumentale dello stato di emergenza, che permette di derogare per intero ai procedimenti ad evidenza pubblica.

2. I poteri pubblici emergenziali e le deroghe all'evidenza pubblica – Introduzione

Come visto nel capitolo precedente, la normativa dedicata agli appalti pubblici prevede la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando quale strumento che, agendo in deroga a molti aspetti della procedura ordinaria ad evidenza pubblica, permette di soddisfare la necessità di accelerare e rendere più flessibile la scelta dell'operatore privato in casi particolari, tra i quali l'*estrema urgenza*. Il carattere di eccezionalità della procedura è quindi motivo di una imprescindibile sofferenza della tenuta concorrenziale del settore, poiché – si ricorda – nella trattativa privata la stazione appaltante ha facoltà di valutare discrezionalmente i requisiti dell'appalto mediante una negoziazione di natura riservata con i soggetti selezionati.

Ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), la procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara è consentita *«nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti»*.

Sarà questa la formula generica e atipica che permetterà la prevaricazione delle norme di evidenza pubblica: non vengono, infatti, inquadrati né la fattispecie dell'evento *imprevedibile*, né quali eventi possano generare la congiuntura di *estrema urgenza*. In questo modo, i soggetti pubblici, avendo piena autonomia nel distinguere uno stato di urgenza, hanno in più occasioni aggirato gli istituti giuridici ordinari per le commesse pubbliche – spesso di difficile applicazione e caratterizzati da una tempistica prolissa – e utilizzato procedure straordinarie, anche adducendo presupposti insussistenti. Tra le conseguenze, come meglio si analizzerà, di tali *escamotage* procedurali si annoverano spesso casi di corruzione e la moltiplicazione degli oneri per l'esecuzione dei lavori.

L'impiego improprio delle procedure negoziate in luogo delle procedure aperte o ristrette ha, quindi, aperto il varco alla progressiva dilatazione della nozione di *emergenza*, che ha mutato il sistema istituzionale, fino ad incrinare gli stessi principi di rango costituzionale. Lo strumento tecnico-giuridico che ha permesso una così profonda distorsione è la legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Questa ha contribuito al rafforzamento di un sistema derogatorio – parallelo e alternativo a quello ordinario – permettendo una legale dilatazione dei presupposti dell'emergenza e lo stabilizzarsi delle deroghe alle leggi vigenti ed al sistema ordinario delle competenze, attraverso il ricorso imponente del Consiglio dei ministri alla dichiarazione dello stato di emergenza, che permette di procedere con ordinanze di necessità ed urgenza o di autorizzarne l'adozione.

Proprio le ordinanze di protezione civile sono divenute il dispositivo tramite il quale le pubbliche amministrazioni hanno eluso le regole dell'evidenza pubblica, pertanto esse meritano la nostra particolare attenzione¹⁵⁹.

2.1. I poteri straordinari come attività “creativa” per sopperire a lacune legislative nello stato di eccezione. Atti legislativi o amministrativi?

Tale forza derogatoria riconosciuta alle ordinanze, sommata all'incidenza economica del fenomeno¹⁶⁰, ha determinato la sottrazione di una considerevole porzione

¹⁵⁹ In virtù della possibilità – prevista dalla legge n. 225/92 – di emanarle in deroga ad ogni disposizione vigente, seppur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

¹⁶⁰ Tabella 7 – Ordinanze di protezione civile distinte per anno e importi

Anno di riferimento	Importo spesa globale	Ordinanze emanate
2000	€ 143.683.473,90	22
2001	€ 1.956.118.571,91	28
2002	€ 1.109.004.356,10	33
2003	€ 283.763.347,26	24
2004	€ 730.730.577,28	30
2005	€ 253.074.138,76	24
2006	€ 2.788.111.622,26	34
2007	€ 1.057.819.764,68	39
2008	€ 2.730.451.115,39	41
2009	€ 3.939.859.534,08	49
2010	€ 2.674.634.055,27	51
2011	€ 1.982.043.745,60	72
2012	€ 1.156.580.593,21	65
TOTALE	20.805.874.895,7	514

di mercato alla disciplina ordinaria del Codice dei contratti pubblici e alle ordinarie forme di controllo della spesa. In più, in molti casi il continuo riproporsi dell'emergenza ha finito con il determinare la perdita dei caratteri della eccezionalità ed imprevedibilità del fenomeno da contrastare ed ha portato altresì ad una dilatazione dei tempi dell'intervento straordinario oltre ogni riferimento logico e funzionale legato all'emergenza stessa.

È, quindi, opportuno ai fini dell'indagine sviscerare le caratteristiche dei poteri di emergenza, per identificarne la natura giuridica, le tipologie e le criticità derivanti dal loro utilizzo.

Il conferimento di poteri straordinari in deroga alle categorie convenzionali di attribuzione – in particolari circostanze – rappresenta da lunghi anni materia di dibattito, sia in ambito giurisprudenziale che dottrinale¹⁶¹.

Tali poteri *speciali* – che si distinguono dalla capacità *generale* di diritto privato che spetta ad ogni soggetto dell'ordinamento e anche alle pubbliche amministrazioni – si pongono l'obiettivo generale di gestire situazioni, che si possono definire "non ordinarie", per le quali la normale tecnica del bilanciamento dei poteri non è appropriata per tutelare opportunamente gli interessi coinvolti. La risultante di ciò è, quindi, il radicarsi della necessità del riconoscimento di importanti facoltà dal contenuto non predeterminato, pur sempre rispettose di un criterio di proporzionalità rispetto alla tutela dell'utilità pubblica coinvolta.

Va ricordato che in conseguenza della natura del potere amministrativo come capacità speciale, il contenuto minimo della disciplina normativa dei singoli poteri amministrativi deve individuare il soggetto, il tipo di atto giuridico produttivo di effetti cui l'esercizio del potere dà luogo, l'interesse pubblico specifico alle cui cure in concreto il potere è deputato e gli effetti che esso è capace di produrre. In base al grado

Fonte: Relazione AVCP 2012, pag. 309

¹⁶¹ Per un utile approfondimento: CERULLI IRELLI V., "Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione", Diritto Pubblico, 2/2007; FIORITTO A., "L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie", Il Mulino, Bologna, 2008. In questi testi è promossa la tesi secondo la quale i poteri *extra ordinem* richiamati si svincolano anche dal principio di nominatività; illustre opinione difforme è di GIANNINI M.S., "Diritto amministrativo", Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 270-271, il quale li giudica nominati – seppur atipici – rientranti nella categoria generale di "potere di ordinanza".

di definizione degli elementi del potere amministrativo si possono distinguere tre accezioni di potere straordinario¹⁶².

Il primo caso attiene propriamente al profilo soggettivo del potere, laddove per far fronte ad una specifica esigenza operativa si costituiscono *una tantum* organi straordinari – ovvero non previsti nella struttura organizzativa di un singolo ente amministrativa, ma impiantati nell’ente stesso – chiamati ad esercitare poteri normalmente previsti dalle norme in capo all’ente. In questo modo si conserva l’ordine delle attribuzioni e la predeterminazione normativa, sul piano sostanziale, dei poteri di cui si tratta.

La seconda accezione di potere straordinario concerne l’impiego di poteri ordinari in situazioni straordinarie e si concretizza in provvedimenti amministrativi tipici definiti *atti necessitati*¹⁶³. In questi casi, al cospetto di accadimenti imprevedibili che richiedono di intervenire in via d’urgenza sono previste dalla stessa norma deroghe alla disciplina comune circa l’esercizio del potere straordinario, il quale ciò nondimeno rimane dotato di tutti i suoi caratteri tipici, sia riguardo al soggetto¹⁶⁴, sia riguardo all’atto adottato e ai suoi effetti¹⁶⁵.

¹⁶² Vedi CERULLI IRELLI V., “*Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*”, cit.

¹⁶³ La disamina più esaustiva proviene da GIANNINI M.S., “*Atti necessari e ordinanze di necessità in materia sanitaria*”, in Rass. amm. sanità, ora in Scritti, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 297: «è provvedimento necessitato quel provvedimento che ha come presupposto una situazione di urgenza e che, in corrispondenza al principio di legalità, deve essere disciplinato dal legislatore in tutti i suoi elementi più importanti. Normalmente quando il legislatore affida all’amministrazione il potere di emettere un provvedimento amministrativo, le dà discrezionalità in ordine alla determinazione dei motivi. In genere lo schema è configurato come segue: il legislatore indica un certo motivo di interesse pubblico come motivo primario di quel provvedimento amministrativo, e affida all’autorità competente ad emettere il provvedimento il compito di accertare in fatto se e in quale misura il motivo si presenti [...]. Negli atti necessitati noi abbiamo questo: che il legislatore compie esso stesso direttamente quel giudizio di valutazione dell’interesse primario e degli interessi secondari che normalmente spetterebbe all’autorità amministrativa». FIORITTO A., “*L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*”, cit., pag. 93, a proposito di tali atti, aggiunge che «da parte della amministrazione che adotta il provvedimento necessitato, basta dare ragionevole contezza della sussistenza della situazione di necessità; basta la giustificazione del presupposto e non è necessaria la motivazione».

¹⁶⁴ Non viene derogato né l’ordine delle attribuzioni né quello delle competenze.

¹⁶⁵ Tra tali poteri straordinari si può citare, ad esempio, l’art. 7, l. n. 241/90 (legge generale sul procedimento amministrativo) che consente la deroga all’obbligo di comunicazioni dell’avvio del procedimento per particolari esigenze di celerità oppure l’art. 22-bis, DPR n. 327/2001 (legge generale sull’espropriazione per pubblico interesse) che consente l’occupazione della proprietà con deroghe alla disciplina comune, laddove l’avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza. Non da ultimo, il già citato art. 57, d.lgs. n. 163/2006.

Infine la terza e più forte accezione di potere straordinario è quella considerata per porre rimedio a situazioni straordinarie attraverso la rottura dell'ordine prestabilito relativamente ad un determinato assetto di amministrazione (settore che ne è oggetto, poteri e competenze ivi previste). Si tratta del potere di *ordinanza*, che si manifesta nella pubblicazione di atti e/o provvedimenti dotati di rilevanza esterna, denominati ordinanze¹⁶⁶ di necessità e urgenza (o contingibili e urgenti¹⁶⁷).

Queste possono definirsi come «atti di autorità amministrative, adottabili sul presupposto della necessità e dell'urgenza del provvedere, per far fronte ad un pericolo di danno grave ed imminente per la generalità dei cittadini, con contenuto discrezionalmente determinabile e non prestabilito dalla legge e con il potere di

¹⁶⁶ Le ordinanze, da un punto di vista definitorio, rientrano nell'alveo degli "ordini". Questi ultimi rappresentano una categoria di provvedimenti amministrativi che ha come presupposto, per quanto concerne l'organizzazione amministrativa interna, un rapporto di gerarchia tra chi impartisce l'ordine ed il suo destinatario; diversamente, nei rapporti con i terzi, gli ordini sono provvedimenti che non palesano una soggezione all'organizzazione pubblica, ma unicamente segnano in concreto il comportamento da tenere da parte dei destinatari secondo quanto definito dalla legge.

In base a questa collocazione sistematica, lo strumento dell'ordinanza compone un atto a mezzo del quale l'autorità competente – in forza della potestà connessa alla carica ricoperta – prescrive, nei confronti di un soggetto o di una pluralità di soggetti, un obbligo comportamentale positivo (ordine di fare) o negativo (divieto di fare), il cui mancato rispetto comporta l'applicazione di una sanzione a carico dell'inadempiente.

MARAZZITA G., *“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”*, in AIC, 2 luglio 2012, scrive che «il termine “ordinanza” – in generale - richiama sia atti del potere giurisdizionale, sia atti del potere esecutivo, i quali ultimi possono avere un contenuto particolare e concreto (al pari di provvedimenti e ordini), ma anche generale e astratto (al pari dei regolamenti), possono essere atti normativi subordinati ma anche primari, possono rientrare nelle competenze di autorità civili o militari, possono avere natura ordinaria oppure straordinaria».

MARAZZITA mette in evidenza che «il tipo incrina la tripartizione classica secondo cui – in parallelo con la divisione delle funzioni – gli atti imperativi, diversi dalla legge del Parlamento e dalla sentenza del giudice, sono i “decreti” intesi come atti formalmente emanati dal Presidente della Repubblica ed il cui contenuto può essere deliberato dal Governo».

Per un approfondimento sulla nozione di “ordinanza”, si rinvia a: GIANNINI M.S., *“Potere di ordinanza e atti necessitati”*, in Giur. compl. Cass. civ., I, 1948; GALATERIA L., *“I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze”*, Giuffrè, Milano, 1953; RESCIGNO G.U., *“Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza”*, in Noviss. Dig., vol. XII, Utet, Torino, 1965; BARTOLOMEI F., *“Potere di ordinanza e ordinanze di necessità”*, Giuffrè, Milano, 1979; BARTOLOMEI F., *“Ordinanza (dir. amm.)”*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980; CAVALLO PERIN R., *“Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza”*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁶⁷ BARTOLOMEI F., *“Ordinanza (dir. amm.)”*, cit., pag. 979-980, puntualizza: «questa locuzione non rappresenta un'endiadi, ma caratterizza lo stato accidentale di necessità [...]. Dottrina e giurisprudenza [...] hanno dato a “contingibilità” il contenuto di straordinarietà, accidentalità e imprevedibilità, mentre l'urgenza attiene all'indifferibilità del provvedimento che deve essere tale da impedire l'impiego dei mezzi ordinari, risolvendosi, in questo senso, in uno stato di necessità, vale a dire [...] in una situazione cui inerisce un bisogno stringente, pressante, da soddisfare subito, perchè la cura dell'interesse pubblico prioritario o preminente moram non patitur».

incidere derogativamente e sospensivamente sulla legislazione in vigore, con efficacia (tendenzialmente) temporanea»¹⁶⁸. Rispetto quindi agli atti necessitati, dove è la norma attributiva dello specifico potere a considerare in se stessa la propria deroga, nel caso dell'ordinanza di necessità e urgenza è proprio tale atto, amministrativo e non normativo che, di volta in volta, decide la deroga da operare; potendosi così considerare manifestazione del potere di ordinanza in senso stretto, cioè quale esercizio di potere amministrativo discrezionale *extra ordinem*¹⁶⁹.

¹⁶⁸ RAZZANO G., *“Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale”*, cit.. Date le difficoltà nella ricostruzione delle sue linee fondamentali, ancora oggi, nell'ordinamento giuridico italiano il termine ordinanza si vede attribuire significati diversi. La definizione di RAZZANO, non è, infatti, unica nella dottrina di settore. Così per BARTOLOMEI F., *“Potere di ordinanza e ordinanze di necessità”*, cit., pag. 39: *«Fra le attribuzioni di cui, in termini di competenza, è investita la Pubblica Amministrazione, si registra il potere di ordinanza in generale che si estrinseca nell'emanazione di atti e/o provvedimenti amministrativi denominati ordinanze ed emessi dai titolari dei numeri aventi rilevanza esterna e per i quali è riservata la qualifica di organi»*; per GIANNINI M.S., *“Potere d'ordinanza e atti necessitati”*, cit., pag. 272: *«Ordinanza è un vecchio vocabolo italiano, che in origine aveva il significato generico di atto dell'autorità. Nel linguaggio legislativo contemporaneo indica di regola degli atti aventi contenuto di ordine dell'autorità»*; per LANDI G., POTENZA G., *“Manuale di diritto amministrativo”*, Napoli, 1989, pag. 56, dà alla parola ordinanza i seguenti significati: ordinanze normative che si suddividono tra regolamenti e ordinanze in senso stretto; ordinanze in senso stretto che comprendono tutti i provvedimenti diversi dai regolamenti e che contengono ordini; ordinanze libere che comprendono tutti i provvedimenti di autorità amministrative, compresi i regolamenti, suscettibili per disposizione legislativa di introdurre una disciplina derogatoria rispetto all'ordine normativo risultante dalle fonti legislative; per VIRGA P., *“Diritto amministrativo”*, Milano, vol. II, 1997, 19: *«Talora, specie quando gli ordini si dirigono a più persona, gli ordini prendono il nome di ordinanze»*.

¹⁶⁹ BARTOLOMEI F., *“Ordinanza (dir. amm.)”*, cit., pag. 973 ss., effettua una ricostruzione più analitica, osservando quattro ordini di potere di ordinanza in relazione alla funzione. Si tratta del potere di ordinanza *istituzionalizzato*; del potere di ordinanza *tipicizzato*; del potere di ordinanza *necessitato ordinario* ed infine del potere di ordinanza *necessitato extra ordinem*.

Il potere *istituzionalizzato* consiste in un'«ipotesi di un potere di ordinanza da ritenere [...] istituzionalizzato nell'ordine delle competenze proprie degli organi della Pubblica Amministrazione che può manifestarsi, anzitutto [...] attraverso atti amministrativi generali, volti a disciplinare determinati settori della stessa amministrazione [...] ovvero attraverso atti amministrativi particolari, indirizzati propriamente a dettare singole prescrizioni [...] quali sono gli ordini di servizio».

La rassegna prosegue con il potere di ordinanza *tipicizzato* «volto ad assicurare l'osservanza delle leggi e dei regolamenti» e «rientrante nell'ampio concetto di “esecuzione”, comprendendo in esso l'adozione di provvedimenti, anche di carattere generale, necessari a dare attuazione alle norme legislative e regolamentari, a specificarne il contenuto, ad adeguarle alle situazioni contingenti e a renderne possibile l'osservanza da parte dei cittadini».

La terza tipologia di potere di ordinanza – ovvero quello *necessitato ordinario* – si presenta quando «la previsione normativa ipotizza delle potestà, attribuite normalmente ad un numero limitato di autorità amministrative, che permettono di provvedere, in occasione di determinati eventi già preventivamente indicati e individuati in termini fenomenici».

Infine, si fa ricorso al potere di ordinanza *necessitato extra ordinem* se l'amministrazione si trova «nell'impossibilità di far fronte a determinate fattispecie con le norme giuridiche esistenti (leggi e regolamenti), salva la riserva assoluta di legge».

In tali poteri straordinari si possono riconoscere due specie: il potere di ordinanza ed il potere di ordinanza del c.d. diritto dell'emergenza¹⁷⁰. I poteri della prima specie sono tradizionalmente imputati al Prefetto¹⁷¹ e al Sindaco¹⁷², mentre i poteri della seconda specie sono emersi nell'ambito dell'ordinamento della protezione civile, di cui diffusamente si parlerà nel paragrafo successivo.

La dottrina ha sottolineato come la questione della natura e del fondamento del potere di ordinanza rientri nel risalente confronto circa l'eshaustività dell'ordinamento giuridico, raggiungibile – alternativamente – mediante un procedimento di autointegrazione¹⁷³ oppure un procedimento di eterointegrazione.

Quest'ultimo, in particolare, costituisce uno strumento eccezionale, in quanto le carenze non sono controbilanciate dalle fonti normative, piuttosto per mezzo di un intervento, non formalizzato dalla norma, dello stesso soggetto tenuto a trovare una soluzione ad un conflitto di interessi non precedentemente regolato a livello normativo.

In queste situazioni eccezionali, l'operato della Pubblica Amministrazione perderebbe il suo carattere di attività amministrativa – intesa come attuazione di una volontà antecedentemente e astrattamente manifestata dal legislatore – per assurgere al valore di attività «creativa o dispositiva»¹⁷⁴. Tale attività dovrebbe essere applicata dagli organi amministrativi solo nelle ipotesi categoricamente predeterminate dall'ordinamento – rimanendo comunque subordinata al principio di legalità¹⁷⁵ – poiché

¹⁷⁰ Così CERULLI IRELLI V., «Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione», cit., pag. 361.

¹⁷¹ Articolo 2, Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 («Testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza»): «Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

Contro i provvedimenti del Prefetto chi vi ha interesse può presentare ricorso al Ministro per l'Interno».

¹⁷² Articolo 54, comma 2, Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL): «Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica».

¹⁷³ C.d. analogia legis o iuris.

¹⁷⁴ GALATERIA L., «I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze», cit., dove si chiarisce che «il conflitto viene deciso non più attraverso l'attuazione di una norma posta dal legislatore, ma attraverso una normazione particolare, originaria, diretta, occasionale, posta dallo stesso amministratore, con la conseguenza che l'organo amministrativo non svolge la funzione che gli è propria di perseguire i fini di pubblico interesse, attraverso l'attuazione della norma amministrativa, ma svolge una funzione di creazione del diritto».

¹⁷⁵ Per la peculiare natura delle ordinanze di necessità ed urgenza di strumento emergenziale, esse si posizionano in un'angolazione *sui generis* dell'ordinamento costituzionale. Se per l'art. 97 della

essa tratteggia una netta deroga all'ordinaria attività della Pubblica Amministrazione¹⁷⁶. In queste fattispecie, infatti, gli organi amministrativi deputati creano un diritto per il caso concreto e specifico avvalendosi del potere *extra ordinem* di ordinanza in frangenti connotati da necessità ed urgenza, al fine di tutelare un pubblico interesse che nessuna norma vigente è in grado di garantire.

Il potere di ordinanza nella sua accezione più libera pone importanti problematiche principalmente sotto tre profili.

In primo luogo, l'*indeterminatezza* circa la natura, i presupposti legittimanti ed il contenuto della capacità *extra ordinem* incide fortemente sul rispetto del principio di legalità dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione, particolarmente nella sua declinazione nel principio di nominatività-tipicità dei provvedimenti amministrativi¹⁷⁷ sì previsti, ma a contenuto discrezionale atipico.

In secondo luogo, per il carattere necessariamente eccezionale del potere in analisi, essendo funzionale proprio per affrontare circostanze che differiscono dall'ordinario.

Infine, per il fatto che l'esercizio del potere eccezionale può condizionare – anche gravemente – la sfera giuridica dei cittadini, nonostante ciò che dispone la legge¹⁷⁸.

Costituzione, difatti, l'attività amministrativa è del tutto disciplinata dalla legge, posto che in un regime parlamentare la legge è l'espressione più rappresentativa della volontà popolare, nell'ipotesi delle ordinanze contingibili e urgenti tale principio appare platealmente violato. In realtà, sembra potersi affermare che le sopracitate ordinanze – per via della situazione di particolare eccezionalità e urgenza cui sono chiamate a far fronte – non solo eludono una definizione normativa del loro contenuto, ma possono esplicarsi liberamente, ove ciò si renda necessario, anche *contra legem*, in tutte le materie non coperte da riserva assoluta di legge. Neppure in questo caso, però, il principio della legalità viene esattamente disatteso. L'effetto delle ordinanze, infatti, non è mai abrogativo, ma meramente derogatorio: esse non riformano la disciplina vigente, ma ne sospendono soltanto l'applicazione, in via temporanea, fino alla cessazione della situazione di grave necessità e urgenza. (MENIA M., "Ordinanze contingibili e urgenti e tutela dell'ambiente", reperibile in www.arpalombardia.it).

¹⁷⁶ GALATERIA L., "I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze", cit., pag. 19-20, evidenzia che «se...nelle forme di attività dispositiva cui dà luogo l'esercizio del potere d'ordinanza la certezza del diritto viene necessariamente sacrificata per la mancanza della preventiva regolazione legislativa del conflitto d'interessi, è indispensabile che tale potere, affinché non si risolva in un arbitrio, sia rigorosamente disciplinato».

¹⁷⁷ Vedi CAVALLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 1; FRACCARO A., "Le ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco", in Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2/2005, pag. 201; GIANNINI M.S., "Diritto amministrativo", cit., pag. 270. GIANNINI M.S., in particolare, accredita la tesi, divenuta maggioritaria, secondo la quale le ordinanze derogano al principio di tipicità degli atti amministrativi, ma non al principio di legalità.

¹⁷⁸ GALATERIA L., "I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze", cit., pag. 19.

Relativamente ai tratti specifici del potere di ordinanza, il Bartolomei F. ne tenta un'elencazione esaustiva¹⁷⁹. Egli, infatti, individua innanzitutto la monocraticità del potere, assegnato sempre ad organi individuali detentori di pubblici uffici.

Di seguito, ne evidenzia il polimorfismo quando osserva che sono poste in essere numerose forme del potere ovvero che uno stesso organo può essere beneficiario di una gamma di competenze. Inoltre, l'Autore pone all'attenzione del lettore il fatto che, a volte, sono previsti poteri di ordinanza primari in capo ad alcuni organi (ad esempio il Sindaco) e sussidiari in capo ad altri (è il caso del Prefetto)¹⁸⁰.

Il potere di ordinanza *extra ordinem*, inoltre, si distinguerebbe per essere libero nel contenuto¹⁸¹ o, comunque, privo di un contenuto predeterminato¹⁸². Mentre, infatti, nel caso delle ordinanze c.d. ordinarie, il soggetto indicato dalla legge ha il solo compito di constatare il verificarsi dell'evento legittimante e, conseguentemente, di dichiarare lo stato d'emergenza – innescando il meccanismo di risposta dal contenuto predeterminato – nel caso delle ordinanze *extra ordinem* si assiste ad una mera attribuzione di competenza a dichiarare lo stato d'emergenza e ad intervenire con le misure straordinarie che si ritengono congrue alla norma, la quale si limita a specificare, in termini estremamente generici, sia il presupposto legittimante, sia l'intervento atto ad opporvisi¹⁸³. In sintesi, le prescrizioni normative che imputano poteri al fine di adottare ordinanze d'urgenza non fanno altro che autorizzare i soggetti titolari «*a compiere, eseguire, far eseguire, ordinare, vietare tutto ciò che contingentemente appare necessario e indispensabile per il raggiungimento del fine*»¹⁸⁴.

Rimanendo sul tentativo di categorizzazione, nel corso del tempo il *nomen iuris* di “ordinanze di necessità e urgenza”, nonostante sia stato più volte diversamente nominato, come ad esempio nel caso di “ordinanze particolari” per distinzione rispetto

¹⁷⁹ BARTOLOMEI F., “*Ordinanza (dir. amm.)*”, cit., pag. 971, ragiona di un potere «*monocratico, polimorfo, primario e sussidiario*».

¹⁸⁰ Così anche MARAZZITA G., “*Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*”, cit.

¹⁸¹ La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 4 del 12 gennaio 1977, parla, infatti, di “ordinanze libere”.

¹⁸² RESCIGNO G.U., “*Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*”, cit., pag. 92. L'Autore puntualizza che ciò che distingue il potere di ordinanza non è il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che non abbia un contenuto predeterminato; circoscritto con lo stesso atto di ordinanza, mantenendo il potere la facoltà di optare per qualunque oggetto entro quella materia e per quei dati fini.

¹⁸³ MARAZZITA G., “*Le ordinanze di necessità dopo la L. 225 del 1992*”, in *Giur. cost.*, 1996, pag. 522.

¹⁸⁴ RESCIGNO G.U., “*Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (dir. cost. e ammin.)*”, cit., pag. 91.

ai provvedimenti provvisori con forza di legge da emanarsi nei casi straordinari di necessità e urgenza, ai sensi dell'art. 77 della Costituzione, ha sempre indicato, nel linguaggio del diritto amministrativo, provvedimenti emanati da organi monocratici del Governo o delle autonomie locali territoriali, legittimati a derogare alle normali disposizioni di legge¹⁸⁵.

Precisamente intorno alla previsione del decreto-legge all'articolo 77 Cost., la dottrina si è confrontata sulla possibilità di considerare tale articolo come una *fonte costituzionale* del potere di ordinanza *extra ordinem*, per quanto indiretta¹⁸⁶, ma l'orientamento prevalente è contrario a tale interpretazione, ritenendo che l'art. 77 indichi chiaramente il Governo centrale come unico soggetto legittimato ad intervenire con provvedimenti temporanei e derogatori aventi forza di legge, in casi di straordinaria necessità ed urgenza.

La necessità – avvertita dagli autori più avveduti – di fornire una fonte giuridica ed una conseguente classificazione delle ordinanze di necessità e urgenza è resa pressante dal fatto che esse, per affrontare situazioni di emergenza, deroghino alla legge ordinaria¹⁸⁷, dimostratasi per l'occasione non efficace¹⁸⁸.

¹⁸⁵ CAVALLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 5. BARTOLOMEI F., "Ordinanza (dir. amm.)", cit., pag. 970, nota «come le ordinanze amministrative di necessità e/o urgenza sarebbero espressione di un potere *extra ordinem* attribuito a singole autorità della Pubblica Amministrazione, così l'art. 77 c. 2 Cost. avrebbe inteso attribuire al Governo un potere *extra ordinem*, derogatorio, sia pure in via provvisoria, di norme legislative».

¹⁸⁶ A favore, BARTOLOMEI F., "Ordinanza (dir. amm.)", cit., il quale fa riferimento alla nozione di Governo di cui agli articoli 92 e seguenti della Carta costituzionale, riflettendo su una sua doppia accezione che «da un lato, e in senso stretto, sia indicativa del solo Consiglio dei Ministri, come specificato nell'art. 92 c. 1 Cost.; dall'altro, e in senso ampio, sia indicativa dell'esecutivo in genere e cioè del Governo come apparato e/o organizzazione» (pag. 970); e specifica che «il potere di ordinanza attribuito al Prefetto è un potere attribuito ad un organo governativo il cui ufficio ha una competenza territoriale su base provinciale; e quello attribuito al Sindaco è pure attribuito come ufficiale di governo, il cui ufficio ha una competenza territoriale su base comunale».

Contra MARAZZITA G., "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", cit. e ESPOSITO C., "Decreto-legge", in Enc. Dir., vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 866-867, il quale, interrogandosi sulla compatibilità dell'art. 77 con le disposizioni di legge che prevedono altre competenze d'emergenza, rammenta che la norma «non esclude solo che ad altre autorità possa spettare di provvedere in genere, in caso di necessità, secondo necessità ed urgenza, ma anche che autorità diverse dal Governo possano provvedere, secondo necessità e senza altro limite che la necessità, a qualsiasi singolo o individuato bisogno pubblico».

¹⁸⁷ In questa prospettiva, la scienza giuridica si è interrogata in merito all'attribuibilità, alle ordinanze in deroga, della forza di legge: SORRENTINO F., "Le fonti del diritto amministrativo", in Trattato di diritto amministrativo, Cedam, Padova, 2004, pag. 242-243, sostiene che «l'idea [...] che le ordinanze in deroga abbiano forza di legge non solo si scontra con il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ma soprattutto con il diritto vivente che, allo scopo di salvaguardare il

È proprio la natura derogatoria del potere in analisi a costituire il *discrimen* per la formalizzazione di un criterio classificatorio atto ad inquadrare la categoria delle ordinanze contingibili e urgenti rispetto ad ogni altro atto della pubblica amministrazione. Si profilano, quindi, varie linee di pensiero, che vedono agli estremi, da una parte, la configurazione delle ordinanze quali provvedimenti amministrativi e, dall'altra parte, la classificazione delle stesse come atti normativi.

Una componente della dottrina, infatti, nella ricerca del parametro di distinzione, risale alla norma attributiva del potere di ordinanza, considerandola norma sulla produzione giuridica¹⁸⁹; con la diretta conseguenza di rendere le ordinanze – si ricorda, a carattere *necessariamente* derogatorio¹⁹⁰ – atti di natura normativa, ergo fonti del

principio di legalità, ha finito per ricavare dalle norme attributive del potere di ordinanza limiti sostanziali (principi generali dell'ordinamento giuridico, precetti costituzionali, necessità della motivazione, delimitazione spaziale e temporale), idonei a collocare quelle ordinanze in posizione subordinata a quella legislativa». Cfr. sul punto anche MARAZZITA G., *“L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli”*, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 453, il quale ritiene inammissibile la possibilità che le ordinanze deroghino a fonti primarie dell'ordinamento perchè con ciò si realizzerebbe un superamento della stessa forza di legge. Si veda anche RESCIGNO G.U., *“Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza”*, cit., pag. 94, il quale, giudicando incostituzionale l'attribuzione alle ordinanze della forza di legge, la nega sulla base di alcune valutazioni, secondo le quali: non possono aversi atti non normativi con forza di legge; l'attribuzione di tale forza «ha significato in quanto serve ad individuare gli atti soggetti al solo giudizio della Corte costituzionale»; le ordinanze hanno una limitata e temporanea capacità innovativa mentre per forza di legge si intende una generale capacità di innovare stabilmente nell'ordine legislativo.

¹⁸⁸ CAVALLO PERIN R., *“Potere di ordinanza e principio di legalità”*, cit., pag. 13.

¹⁸⁹ Importante dal punto di vista specificamente costituzionale, per quanto concerne il contenuto del presente elaborato, è la differenziazione tra la norma attributiva di un potere di ordinanza, «che è tipicamente ed esclusivamente norma sulla produzione giuridica», dalle ordinanze emanate in base a quelle norme, che sono invece «atti di produzione giuridica»: così RESCIGNO G.U., *“Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza”*, cit., 92. Si vedano anche GIANNINI M.S., *“Potere d'ordinanza e atti necessitati”*, cit., pag. 391 ss. e GALATERIA L., *“Manuale di diritto amministrativo: principi generali”*, Utet, Torino, 1995, che non reputa possibile «fissare un criterio generale, valevole per tutte le fattispecie», ma che sia necessario «esaminare caso per caso le finalità ed il contenuto di tali ordinanze per stabilire se si tratti di atti normativi, qualora [...] si presentino come atti generali ed astratti che completano od innovano il sistema normativo» (pagg. 64-65); MODUGNO F., *“Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto”*, Giappichelli, Torino, 2005 («sotto il profilo strutturale è possibile rinvenire in esse (ndr le ordinanze) i caratteri dell'atto normativo, come atto che pone prescrizioni ripetibili o che incide su prescrizioni già di per sè dogmaticamente considerate normative, allora a nulla vale ridurle ad atti amministrativi per negarne valore normativo», pag. 82-82).

¹⁹⁰ Secondo RESCIGNO G.U., *“Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza”*, cit., pag. 92, «se una situazione di fatto che la P.A. vuole disciplinare risulta già preveduta da norme e la P.A., nel dare concretamente regola al caso, non si discosta ma anzi applica queste stesse norme, non si avrà un'ordinanza ma un normale provvedimento amministrativo. Logicamente si avrà esercizio di un potere d'ordinanza solo quando si verifica una evenienza diversa, o perché la fattispecie che la P.A. vuole disciplinare non era preveduta da alcuna norma o perché quella stessa fattispecie è tale da esigere, a giudizio della P.A., una disciplina diversa da quella prevista in astratto dalla norma: nell'una come nell'altra ipotesi la P.A. emana un atto o in deroga a diritto, se questo non preveda alcuna disciplina per

diritto. Si pongono in una posizione mediana il Crisafulli V.¹⁹¹ ed il Bartolomei F.; quest'ultimo, in particolare, dopo aver qualificato l'ordinanza un «atto sui generis, nell'ambito degli atti eteronomi», aggiunge che «se è esatto quell'indirizzo giurisprudenziale [...] secondo il quale funzione del potere (di ordinanza) è quello di colmare le lacune dell'ordinamento giuridico, le ordinanze extra ordinem, pur essendo atti amministrativi, in quanto emessi da organi della P.A., porrebbero in essere norme o normative destinate a regolare determinate fattispecie non altrimenti disciplinabili»¹⁹².

Sul fronte opposto, la tesi contraria al carattere normativo delle ordinanze di necessità, si basa essenzialmente sulla considerazione secondo la quale «negli ordinamenti contemporanei gli atti normativi sono tutti nominati e definiti dalle norme sulla normazione e fra essi non si includono le ordinanze d'urgenza»¹⁹³.

Tale posizione, inoltre, viene consolidata dal giudice delle leggi, il quale ha contribuito a collocare le ordinanze tra gli atti amministrativi, non essendo dotate dell'idoneità a modificare in maniera stabile l'ordinamento giuridico¹⁹⁴.

Esemplare, in questo senso, la pronuncia della Corte costituzionale del 4 gennaio 1977, n. 4, nella parte in cui, riferendosi alle ordinanze di necessità e urgenza, afferma che «sia che si rivolgano [...] a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi,

la fattispecie cui dà regola, o in deroga a specifiche norme, se queste prevedevano per la medesima fattispecie una diversa disciplina». Di diverso avviso, TREVES G., «La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e di urgenza», in Giur. cost., 1956, pag. 996, il quale ricorda che la deroga in senso proprio è un'abrogazione parziale, escludendo quindi la natura derogatoria delle ordinanze.

¹⁹¹ Il qualche, pur propendendo per la natura amministrativa, indica le ordinanze *extra ordinem* come «atti proprio al limite tra fonte e provvedimento» (CRISAFULLI V., «Lezioni di diritto costituzionale», II, Cedam, Padova, 1976, pag. 29).

¹⁹² BARTOLOMEI F., «Ordinanza (dir. amm.)», cit., pag. 977.

¹⁹³ GIANNINI M.S., «Diritto amministrativo», vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 579.

¹⁹⁴ In più, RESCIGNO G.U., «Ordinanza e provvedimenti», cit., 94, affermando l'incostituzionalità delle ordinanze se e in quanto atti che derogano o abrogano la legge, evidenzia le conseguenze concrete che deriverebbero dall'accettare la tesi del carattere normativo delle ordinanze: avrebbero efficacia sospensiva e non abrogativa nei confronti delle norme anteriori, in quanto leggi temporanee; potrebbero rappresentare termine valido per l'estensione analogica e rappresentare argomento vincolante per l'interpretazione di altre norme; obbligherebbero indipendentemente da una loro conoscenza; dovrebbero essere conosciute dal giudice secondo il principio *iura novit curia* e potrebbero dar luogo al ricorso in Cassazione per violazione di legge (RAZZANO G., «Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale», cit., nota 24).

soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi».

In conclusione, dalla disamina delle diverse ipotesi circa la natura giuridica delle ordinanze appare evidente come non esista un denominatore comune tra le ipotesi di ordinanza che non sia quello determinato dall'urgenza e dalla necessità.

Detto ciò, ad avviso dello scrivente va privilegiata l'ipotesi dell'ordinanza come atto amministrativo, tanto per esclusione dell'ipotesi contraria dell'atto normativo in grado di derogare al sistema giuridico delle fonti, tanto per la possibilità di bilanciare necessità di intervenire rapidamente con poteri atipici ed esigenze di garanzie legate ai limiti temporali dell'intervento stesso, alla sola sospensione – e non innovazione – dell'ordinamento giuridico ed al rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

L'analisi dei poteri straordinari più che rispondere agli interrogativi in premessa circa la loro capacità di gestire e risolvere le emergenze, pone ulteriori questioni in merito alla loro struttura ed i presupposti che ne giustificano l'utilizzo; all'ampiezza delle deroghe legislative consentite e alla loro concreta efficacia.

Non è questa la sede, certo, per poter fornire delle risposte a tali interrogativi. Tuttavia la ricognizione fin qui svolta è strumentale all'esame del cuore del tema, ovvero le deroghe all'evidenza pubblica, di cui andiamo immediatamente a occuparci.

2.2. Poteri pubblici emergenziali: nozione e classificazioni

La modernità ha imparato a conoscere una nuova forma di consorzio umano, definita come la società dell'incertezza¹⁹⁵, che si distingue tanto per il forte incremento dei rischi legati al progresso tecnologico e sociale, quanto per la globalizzazione delle economie e del diritto. Il sentimento di insicurezza che ne deriva è alla base della produzione di un ampio spettro di norme nazionali e sovranazionali finalizzato alla realizzazione di un network di amministrazioni pubbliche destinate a prevenire rischi e gestire emergenze.

¹⁹⁵ I contributi più importanti si trovano in BAUMAN Z., "La società dell'incertezza", Bologna, Il Mulino, 1999; BECK U., "La società del rischio. Verso una seconda modernità", Roma, Carocci, 2000 e GIDDENS A., "Le conseguenze della modernità", Bologna, Il Mulino, 1994.

Nonostante di questi ultimi concetti non ne siano mai state elaborate nozioni giuridiche esaustive ed unitarie¹⁹⁶, rischi ed emergenze sono richiamati in molti istituti del diritto, come, in primo luogo, lo stato di guerra – proprio del diritto internazionale – o lo stato d’assedio, la decretazione d’urgenza, le ordinanze di necessità, tipici dei diritti costituzionale e amministrativo. In secondo luogo, per il diritto penale si possono citare la legittima difesa e lo stato di necessità; in terzo luogo lo stato di pericolo nella fase di conclusione del contratto per il diritto civile ed infine, per il diritto processuale, i provvedimenti cautelari.

Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, il diritto amministrativo si dedica al fenomeno dell’emergenza sotto diversi profili. Il primo è relativo all’uso dei poteri speciali e derogatori ed è pertinente alla ricerca della fonte del potere straordinario e dei suoi limiti, interessando anche profili di diritto costituzionale relativamente all’uso dei principi di legalità e di imparzialità nonché alla distribuzione delle competenze tra i vari livelli di governo della nazione. Ulteriore profilo è relativo alla valutazione del rischio dell’attività amministrativa ordinaria e, infine, il terzo profilo riguarda le forme organizzative dell’amministrazione delle emergenze, in quanto il tipo di funzione che l’amministrazione è chiamata a svolgere ha una netta influenza sulla sua forma organizzativa e, anzi, opera una sua diretta trasformazione.

Per quanto riguarda i poteri d’emergenza, situazioni eccezionali ed impreviste vengono contrastate dagli ordinamenti costituzionali con la previsione di potestà straordinarie, ossia con l’instaurazione di una disciplina di diritto temporaneo e derogatorio – cosiddetto stato d’eccezione – nella considerazione che il diritto ordinario non racchiuda norme consone alla circostanza eccezionale verificatasi.

I provvedimenti originati da tale regime assumono due caratteristiche: riguardano un fatto non affrontabile con mezzi ordinari; sono destinati a non incidere né

¹⁹⁶ Dal punto di vista strettamente letterale, l’emergenza viene definita come una difficoltà improvvisa, una circostanza imprevista o come una situazione che comunque impone di intervenire rapidamente mentre il rischio è definito come una possibilità prevedibile di subire un danno, un evento negativo come conseguenza del proprio comportamento o di difficoltà oggettive o, ancora, come il caso in caso le probabilità degli eventi futuri siano note (le definizioni sono ricavate da DE MAURO T., "Il dizionario della lingua italiana", Milano, Paravia, 2003).

I due concetti sono, quindi, distinti poiché, mentre nel rischio è insito la prevedibilità dell’evento (che può essere regolato dal diritto), l’emergenza si presenta come una situazione imprevista che, normalmente, non è esplicitamente regolata dal diritto vigente e deve essere affrontata come un’eccezione rispetto al sistema dei valori giuridicamente riconosciuti.

ad appartenere all'ordinamento ordinariamente applicato, in quanto eccezionali, cioè che fanno eccezione.

Il precetto giuridico che ne deriva, pur collocandosi all'esterno dell'ordine giuridico ordinario, è comunque riconducibile ai principi costituzionali fondamentali, potendosi parlare di eccezione in senso relativo.

L'uso dei poteri straordinari si ricollega a due differenti ipotesi. La prima è quella dell'emergenza come rottura dell'ordinamento costituzionale: in questo caso il potere che viene messo in discussione è quello politico-legislativo e la rottura dell'ordinamento costituzionale è in funzione della difesa delle istituzioni. La seconda ipotesi è, invece, interna all'ordinamento costituzionale e l'uso dei poteri straordinari, anche quando comportano una sospensione di alcune garanzie o diritti, è sempre in funzione della tutela dei cittadini; in tale fattispecie il potere inciso dall'emergenza è, prevalentemente, quello amministrativo.

Sarebbe, anzi, proprio tale speciale disciplina alla fonte del regime speciale dell'emergenza e non l'evento stesso che, di per sé, rappresenta un fatto al quale non è ordinariamente associata una norma¹⁹⁷.

In altri termini, l'emergenza può essere considerata come un momento fisiologico della vita di un ordinamento e di una Costituzione, perciò anche laddove fossero assenti norme costituzionali analitiche relative a situazioni emergenziali, il potere straordinario troverebbe legittimazione nella necessità sia di conservazione dell'ordinamento, che di realizzazione dei numerosi diritti e garanzie che, specie nelle Costituzioni moderne, sono posti a tutela della salute, dei beni e dell'ambiente.

Come già accennato, le ripercussioni provocate sull'ordinamento dalle norme (o dagli atti) eccezionali riguardano la sostituzione – nel lasso di tempo colpito dallo stato d'eccezione – di queste alla regola ordinaria altrimenti adottabile, derogando ad essa ma senza influirne sulla vigenza. In questo modo, all'indomani della conclusione del periodo di emergenza, la norma sostitutiva eccezionale cede nuovamente il passo alla regola ordinaria.

¹⁹⁷ FIORITTO A., *“L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie”*, Il Mulino, Bologna, 2008, pag. 32.

Tralasciando le ipotesi estreme della rottura costituzionale e della transizione tra due ordinamenti costituzionali, la funzione dello stato d'eccezione è, dunque, quella di conservazione dell'ordine esistente.

Considerata in un'ottica giuridica, la situazione di emergenza è caratterizzata da quattro elementi: un fatto che dà luogo all'emergenza, una valutazione sulla necessità di ricorrere a strumenti eccezionali, l'effettiva instaurazione dello stato di emergenza e l'uso dei poteri emergenziali.

Una volta verificatosi l'accadimento emergenziale, quindi, l'autorità competente è tenuta a rilevare discrezionalmente l'eventuale inadeguatezza del diritto ordinario rispetto alla situazione in essere e, se necessario, instaurare il regime giuridico eccezionale, previa una dichiarazione sulla necessità di intervenire con mezzi straordinari per garantire la tutela dei beni e dei diritti messi in pericolo dalla situazione eccezionale.

L'evento e la dichiarazione dello stato di emergenza sono necessariamente legati da un nesso di causalità, risultante dal sopra citato giudizio di inadeguatezza, nel quale devono emergere sia gli elementi di carattere fattuale sia i motivi giuridici sull'insufficienza dei poteri ordinari¹⁹⁸.

La natura soggettiva del giudizio di necessità, tuttavia, non comporta la relatività del concetto stesso di urgenza perché, se l'autorità accerta la sussistenza di uno stato di necessità, sulla fase successiva – rappresentata dall'instaurazione dello stato di necessità – grava un carattere di doverosità¹⁹⁹. Lo stato di emergenza può essere istaurato in modo esplicito o in modo implicito, ossia mediante l'adozione di concrete misure emergenziali, ma deve sempre manifestarsi in un atto giuridico, così come la sua cessazione.

Infine, le norme che realizzano il fondamento giuridico del diritto straordinario hanno il solo obiettivo di individuare i poteri, le competenze e le procedure da applicare

¹⁹⁸ Il giudizio discrezionale di necessità ha natura politica dato che deriva da valutazioni sui fatti, solo parzialmente vincolate dal diritto positivo e conseguentemente la responsabilità dell'organo che lo effettua sarebbe di natura politica. Infatti, le norme attributive di competenze straordinarie si limitano, in genere, ad individuare l'organo competente e le procedure da seguire; per cui spetta a tale organo il compito di decidere se ritenere o meno sussistenti le condizioni per la dichiarazione dello stato di emergenza.

¹⁹⁹ Così FIORITTO A., *"L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie"*, cit., pag. 40.

non potendo programmare in anticipo ed in astratto le fattispecie eccezionali che potrebbero verificarsi²⁰⁰. Tali norme sono disciplinate sia in forma diretta dalla Costituzione, sia da norme ordinarie, come nel caso del potere di ordinanza, per le quali i principi costituzionali rappresentano comunque il parametro di validità.

Nella carta costituzionale italiana, il nucleo essenziale degli istituti dell'emergenza è costituito dagli articoli 77, che regola la decretazione d'urgenza; 78, che riguarda lo stato di guerra; 126, che disciplina i casi di possibile scioglimento del Consiglio regionale e di rimozione del Presidente della Giunta; 120, sui poteri sostitutivi straordinari, spettanti al governo nazionale nei confronti degli enti locali.

Con riferimento all'emergenza bellica, l'istituto disciplinato dall'art. 78 Cost. è puntualmente delimitato da una serie di elementi: innanzitutto il dettaglio contenuto nell'art. 11 Cost., dal quale si desume che l'unica guerra ritenuta legittima ha finalità difensive (in ossequio all'art. 52 Cost., che impone la difesa della patria come "sacro dovere del cittadino"), con esclusione dal quadro costituzionale di ogni aggressione od offesa militare contro altri Stati; inoltre, all'interno dello stesso art. 78, l'obbligo per le Camere di deliberare lo stato di guerra e di conferire al Governo tutti i poteri necessari

²⁰⁰ Si veda, a titolo di esempio, l'articolo 3 - rubricato *Attività e compiti di protezione civile* - della legge 24 febbraio 1992, n. 225, così come modificato dal decreto-legge n. 59 del 15 maggio 2012 convertito dalla legge n. 100 del 12 luglio 2012: disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile:

«1. Sono attività di protezione civile quelle volte alla previsione e alla prevenzione dei rischi, al soccorso delle popolazioni sinistrate e ad ogni altra attività necessaria e indifferibile, diretta al contrasto e al superamento dell'emergenza e alla mitigazione del rischio, connessa agli eventi di cui all'articolo 2.

2. La previsione consiste nelle attività, svolte anche con il concorso di soggetti scientifici e tecnici competenti in materia, dirette all'identificazione degli scenari di rischio probabili e, ove possibile, al preannuncio, al monitoraggio, alla sorveglianza e alla vigilanza in tempo reale degli eventi e dei conseguenti livelli di rischio attesi.

3. La prevenzione consiste nelle attività volte a evitare o a ridurre al minimo la possibilità che si verifichino danni conseguenti agli eventi di cui all'articolo 2, anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione. La prevenzione dei diversi tipi di rischio si esplica in attività non strutturali concernenti l'allertamento, la pianificazione dell'emergenza, la formazione, la diffusione della conoscenza della protezione civile nonché l'informazione alla popolazione e l'applicazione della normativa tecnica, ove necessarie, e l'attività di esercitazione.

4. Il soccorso consiste nell'attuazione degli interventi integrati e coordinati diretti ad assicurare alle popolazioni colpite dagli eventi di cui all'articolo 2 ogni forma di prima assistenza.

5. Il superamento dell'emergenza consiste unicamente nell'attuazione, coordinata con gli organi istituzionali competenti, delle iniziative necessarie e indilazionabili volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita.

6. I piani e i programmi di gestione, tutela e risanamento del territorio devono essere coordinati con i piani di emergenza di protezione civile, con particolare riferimento a quelli previsti all'articolo 15, comma 3-bis, e a quelli deliberati dalle regioni mediante il piano regionale di protezione civile.

7. Alle attività di cui al presente articolo le amministrazioni competenti provvedono nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

alla salvaguardia dello Stato; infine, l'indicazione dell'art. 87, comma 9, Cost., per cui la dichiarazione di guerra spetta al Presidente della Repubblica.

Alla dichiarazione dello stato di emergenza segue l'assegnazione all'Esecutivo di ogni attribuzione o facoltà straordinaria, anche in deroga ai poteri e delle libertà fondamentali cristallizzate nella Costituzione. Appare chiaro come il legislatore costituente, oltre a designare i fattori costitutivi, coordini l'articolato complesso di garanzie dosando le competenze tra Parlamento, Consiglio dei Ministri e Presidente della Repubblica.

La decretazione d'urgenza, prevista dall'art. 77 Cost., consiste invece nell'esercizio straordinario, da parte del potere esecutivo, di potestà legislative normalmente attribuite al Parlamento. Quest'alterazione è causata da uno stato d'emergenza di derivazione non bellica e pertanto differisce dalla concessione di pieni poteri.

È evidente che il legislatore costituente abbia volutamente riservato l'uso di questo strumento a poche ipotesi eccezionali, poichè la norma fa riferimento ai soli casi straordinari caratterizzati dalla necessità ed urgenza di intervenire con l'iniziativa legislativa del Governo²⁰¹.

²⁰¹ La giurisprudenza della Corte costituzionale ha dato una fisionomia abbastanza elaborata al potere straordinario, intervenendo sulla questione già dal 1956, con la sentenza n. 8 del 2 luglio e valutando le ordinanze di necessità e urgenza atti amministrativi, «adottati dal prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico» (punto 3 del Considerato in diritto). Successivamente, la Corte, con la pronuncia interpretativa n. 26 del 27 maggio 1961, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2 Tulp nella parte in cui non imponeva ai Prefetti, nell'adozione delle ordinanze di necessità, il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico. In particolare, in tale pronuncia il giudice delle leggi ha chiarito che «i provvedimenti prefettizi non possono essere in contrasto con i detti principi dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria» (punto 5 del Considerato in diritto). Da ciò si è appreso come la Corte costituzionale, da una parte, non ammetteva che tali ordinanze potessero contravvenire a disposizioni della Costituzione o interporli in materie coperte da riserva assoluta di legge e, dall'altra parte, affermava, al cospetto di riserve relative, l'opportunità di un intervento prefettizio, a condizione che la legge attributiva del potere indicasse i criteri idonei a delimitarne la discrezionalità. A tale impostazione è conseguita la declaratoria di illegittimità dell'art. 2 Tulps «nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico».

Questo indirizzo è stato confermato e ulteriormente precisato anche nella sentenza del 4 gennaio 1977, n. 4, dove la Corte ha ribadito l'orientamento espresso in riferimento all'art. 2 Tulps, dichiarando che le ordinanze ex art. 20 Tulcp «sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi» (punto 2 del Considerato in diritto). Nella stessa sentenza n. 4/1977, il giudice delle leggi, inoltre, ha richiesto puntuali limiti all'esercizio del

Oltre agli elementi, inscindibili, della necessità e dell'urgenza, altro requisito è rappresentato dalla provvisorietà dello strumento legislativo che, qualora non convertito

relativo potere affinché lo stesso fosse limitato nell'effetto di "deroga", e non anche di "abrogazione o di modifica" e ha chiarito ulteriormente la necessità di «una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata».

Nel termine di una decade, la Corte costituzionale si è di nuovo pronunciata sul tema dei poteri di ordinanza con la sentenza del 3 maggio 1987, n. 201. La Corte, dimostrando una più ragguardevole attenzione alle complesse problematiche poste dalla deroga a leggi da parte di atti amministrativi, nella pronuncia 201/1987 ha asserito che «va riconosciuto che nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto ai casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o emergenza» (punto 5 del Considerato in diritto), giungendo a consentire la legittimità dell'esercizio di simili poteri, sulla base di un elenco di condizioni solo in parte coincidenti con quelle enunciate nel 1956 e nel 1961. La Corte, infatti, nella sentenza in esame, richiedeva che le ordinanze si fondassero su una «specificata autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto [...] indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata» (punto 5 del Considerato in diritto); che avessero un'efficacia derogatoria e non abrogativa o modificativa della normativa primaria; che rispettassero il limite delle riserve di legge, assolute o relative, secondo la graduazione teorizzata nella sentenza n. 26 del 1961; che fossero adeguate al fatto.

La giurisprudenza costituzionale successiva è intervenuta in presenza della nuova legge istitutiva del Servizio Nazionale di Protezione Civile, ma i problemi da risolvere sono rimasti impostati allo stesso modo dalla Corte, come mostra la sentenza 14 aprile 1995, n. 127. Nella pronuncia citata la Corte, vagliando per l'ennesima volta la legittimità costituzionale di una norma attributiva del potere di ordinanza e confermando la propria giurisprudenza in materia, ha ulteriormente qualificato i requisiti necessari ad armonizzare la competenza straordinaria con il sistema costituzionale. Lo stesso giudice costituzionale, prima di esaminare i singoli motivi di ricorso, si è trattenuto sull'ammissibilità del potere di ordinanza in deroga a normativa primaria – così come previsto dalla legge citata – affermando la natura eccezionale di esso e precisandone gli effetti, consistenti in deroghe temporalmente delimitate e non anche in abrogazioni o modifiche di norme vigenti (punto 2 del Considerato in diritto).

Il giudice delle leggi ha, inoltre, avvalorato la necessità che tale potere trovi fondamento in un'autorizzazione legislativa certa che ne circoscriva contenuto, tempi e modalità di esercizio, oltre a rimarcare l'esigenza che sussista una "necessaria proporzione" tra emergenza e misure atte a fronteggiarla (punto 2 del Considerato in diritto).

Più di recente, la Corte costituzionale si è espressa con la sentenza n. 171 del 30 maggio 2007, in seguito al sollevamento, in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80 per palese insussistenza del requisito del «caso straordinario di necessità e urgenza», da parte della Corte di cassazione, con con ordinanza del 17 aprile 2004. Secondo il giudice delle leggi «L'utilizzazione del decreto-legge – e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il Governo secondo l'art. 77 Cost. – non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta».

Si evidenzia, infine, la sentenza n. 115 del 4 aprile 2011 (giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del D.lgs. n. 267/2000 sollevato con ordinanza 22 marzo 2010 del TAR Veneto), nella quale la Corte – una volta riconosciuto che la norma censurata «attribuisce ai Sindaci il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione, le quali, pur non potendo derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» (punto 4 del Considerato in diritto) – annulla la disposizione nella parte in cui comprende la locuzione «, anche» prima delle parole «contingibili e urgenti».

in legge nei sessanta giorni successivi, decade con efficacia *ex tunc*. Il carattere della temporaneità delimita cronologicamente l'esercizio del potere straordinario: appena varcato il confine temporale, si torna alla disciplina ordinaria, a prescindere dal fatto che il decreto sia stato convertito o meno.

Altra ipotesi di emergenza, contemplata nella Carta Costituzionale all'art. 126, riguarda lo scioglimento del Consiglio e la rimozione del Presidente della Giunta regionale per «*atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge*». I primi consistono in trasgressioni idonee a mettere in pericolo l'unità nazionale e i principi cardine dello Stato (democraticità dello Stato, principio di uguaglianza, ecc.); le seconde sono atti e comportamenti reiteratamente eversivi dell'assetto costituzionale. Anche «ragioni di sicurezza nazionale (sia interna che internazionale) possono comportare lo scioglimento o la rimozione degli organismi regionali.

Verificatosi il fatto emergenziale, segue il giudizio valutativo circa l'instaurazione dello stato di eccezione, che è rimesso all'esecutivo, al quale spetta, a seguito del parere, obbligatorio ma non vincolante, della commissione parlamentare, il potere-dovere di procedere allo scioglimento del Consiglio regionale.

L'ultimo articolo citato è il 120, che configura, al comma 2, la fattispecie sostitutiva straordinaria, in forza del quale «*il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di [...] pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*».

In questo caso la situazione fattuale è caratterizzata dall'inerzia del titolare del potere in via ordinaria, il quale non adotta gli atti e non compie le attività amministrative obbligatorie per lo Stato o per la comunità. Non ogni inerzia è rilevante a questi fini, ma solo quella di particolare gravità, tale da compromettere gli interessi essenziali dello Stato. In tali circostanze, il Governo attiverà i poteri amministrativi emergenziali, che devono essere sempre proporzionati e finalizzati al superamento della criticità²⁰².

²⁰² Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 303 dell'8 ottobre 2003 sul tema dei poteri sostitutivi statali.

2.2.1. Le ordinanze di necessità e di urgenza: presupposti di legittimità e condizioni di esercizio

Come già anticipato, il diritto straordinario trova legittimazione non solo nella Costituzione, ma anche in norme ordinarie, come accade per il potere di ordinanza.

Seguirà, quindi, proprio l'analisi di quest'ultima forma di potere emergenziale, utile ai fini del presente lavoro.

La scienza del diritto amministrativo non ha affrontato direttamente il potere d'emergenza ma si è concentrata, piuttosto, sullo studio delle richiamate ordinanze di necessità e d'urgenza che, nel nostro ordinamento, ne rappresentano l'espressione più tipica e consolidata. Saranno quindi i presupposti e la natura di tali ordinanze gli oggetti della disamina.

L'affermazione della natura amministrativa lascia, infatti, spazio a problematiche relative al fondamento ed ai limiti delle ordinanze, poiché esse sfuggono per forza di cose alle regole del diritto ordinariamente vigente, dovendo colmare le lacune dell'ordinamento giuridico²⁰³. È stata quindi la *necessità*²⁰⁴ a costituire il

²⁰³ Così ANGIOLINI V., *"Necessità ed emergenza nel diritto pubblico"*, cit. e BARTOLOMEI F., *"Ordinanza (dir. amm.)"*, cit., dove afferma che «il presupposto comune alle diverse ipotesi normative di ordinanze extra ordinem è costituito dall'impossibilità di far fronte a determinate fattispecie con le norme giuridiche esistenti (leggi e regolamenti), salva la riserva assoluta di legge» (pag. 977).

²⁰⁴ Un'efficace sintesi delle teorie della necessità è effettuata da FIORITTO A., *"L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie"*, cit., pagg. 29 e seg.: «Al pari dei decisionisti, i fautori delle teorie della necessità ritengono che i poteri straordinari siano illegali perché contrastanti con le previsioni costituzionali e legislative. Mentre i primi semplicemente danno atto di tale inconciliabilità, i secondi ritengono che tali poteri possano trovare legittimazione nella fonte extragiuridica della necessità. Nella qualificazione della necessità si passa dalla teoria della ragion di Stato o decisionista (il fine della conservazione dell'assetto politico, economico e sociale legittima l'uso indiscriminato della forza), alla teoria della necessità come posizione giuridica soggettiva dello Stato (assimilabile alla legittima difesa, per cui è lecito utilizzare la forza per garantire l'esistenza stessa dello Stato) alla teoria della necessità funzionalizzata (è obbligo dello Stato provvedere ai bisogni della collettività, per cui si giustifica il ricorso a qualunque mezzo giuridico necessario a tal fine), alla teoria della necessità come fonte del diritto. In tale ottica, applicata al caso d'emergenza, l'esercizio di poteri straordinari contrari alla Costituzione o alla legge sarebbero illegali ma legittimi in quando fondati sulla necessità. Per la teoria della necessità funzionalizzata, la necessità sarebbe un conflitto tra i fini dell'istituzione statale ed i mezzi disposti dal legislatore; come le altre teorie della necessità, anche questa parte dalla considerazione dei casi in cui l'azione statale, in caso di emergenza, si svolge contro la legge vigente, precisamente mediante violazione (per il perseguimento degli scopi primari dell'istituzione statale) delle norme che individuano le competenze ordinarie. Per la riconduzione di tale attività illegale all'interno dell'ordinamento, questa teoria considera che i fini istituzionali non sono sacrificabili dinanzi ai mezzi disposti dal legislatore, con la conseguenza che l'illegalità che ne deriva è necessaria e priva di alternative [...]. La necessità, pertanto, è funzionalizzata al perseguimento degli scopi istituzionali, che sono il fine primario per lo Stato stesso; nel conflitto che si instaura in caso di emergenza tra il perseguimento dei fini istituzionali e il rispetto delle norme e dei mezzi disposti dal legislatore, i secondi

presupposto del diritto dell'emergenza²⁰⁵, portando alla sostanziale corrispondenza tra «diritto di necessità del governo» e «diritto di necessità del popolo»²⁰⁶.

Questo parallelismo, però, si presta facilmente ad interpretazioni restrittive – nel momento di emergenza – delle libertà dei singoli e dello stesso diritto oggettivo, in nome della protezione di un interesse pubblico “superiore”, come la salute o la sicurezza²⁰⁷. Per fare in modo di evitare un'eccessiva compressione di tali sfere del diritto, il legislatore ha imposto nelle norme attributive di poteri di ordinanza *extra ordinem* vincoli di esercizio e via via sempre più appropriati presupposti di legittimità per l'esercizio delle deroghe reputate valide, da parte dell'amministrazione, per ovviare alla situazione di contingenza.

devono cedere il passo. In ciò è condivisibile la teoria della necessità funzionalizzata, ossia nel fatto che essa individua gli scopi istituzionali da perseguire come costanti sia in situazione di emergenza che di normalità, così da poter essere qualificati come quel minimo di principi costituzionali sempre vigenti ed efficaci. In tal senso la teoria della necessità funzionalizzata si porrebbe come più convincente rispetto alle altre teorie della necessità». ROMANO S., “Scritti minori”, Giuffrè, Milano, 1950, esprime chiaramente la sua posizione circa la considerazione della necessità come fonte del diritto, affermando che: «la necessità è fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di questa ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione. La necessità, così intesa, non è un presupposto della regula iuris, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è il suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado: il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla, non in quel modo largo, che gli concede un'ampia libertà, con cui – come comunemente si dice – egli non inventa ma raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, ma in modo, per dir così, coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale, personale» (pagg. 194 e seg.). Nello stesso scritto: «(ndr La necessità) non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto, la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate» (pag. 263). Infine, sulla differenza tra le concezioni della necessità come presupposto di provvedimenti eccezionali e come fonte originaria di produzione di norme giuridiche cfr. P. GRASSO, Necessità (dir. pubbl.), in Enc. dir., vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pag. 869 ss.

²⁰⁵ Nell'ambito del diritto pubblico, GALATERIA L., “I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze”, cit., pag. 69, ha infatti definito la necessità come «situazione di pericolo attuale o imminente per un pubblico interesse (sanità, ordine pubblico, ecc..) atta a rendere immediatamente concreto ed operante l'obbligo preesistente in un soggetto di provvedere alla tutela dell'interesse stesso attraverso fatti o atti proporzionati al pericolo».

²⁰⁶ BLUNTSCHLI J.K., “Dottrina dello Stato moderno”, Dottrina generale dello Stato, vol. II, Vallardi. Napoli, 1879, pag. 104.

²⁰⁷ Nella realizzazione pratica dell'istituto, infatti, si è potuto appurare un abuso nel ricorso al potere d'emergenza, rendendolo quasi uno strumento di amministrazione ordinaria. MARZUOLI C., “Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri”, in Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, Giuffrè, 2005, pagg. 8 e seg., ha accertato che spesso «le ordinanze sono adottate in presenza di fatti e situazioni non sempre riconducibili all'emergenza in senso proprio, anche quando assumono tale tipo di evento a presupposto, le proroghe sono assai frequenti e le normative derogate sono di vario genere e talora sommariamente indicate».

Le problematiche affiorate nel processo di disamina degli eventi emergenziali trovano il loro fondamento proprio nell'assenza di quelli che sono stati riconosciuti come i presupposti per l'utilizzo di ordinanze in deroga a disposizioni vigenti, fra tutti l'imprevedibilità dell'evento emergenziale. Tale presupposto fattuale, nel momento in cui si relaziona con l'ordinamento vigente, pone un problema giuridicamente rilevante che è sintetizzabile nella proposizione: il diritto vigente è inadeguato²⁰⁸.

Per quanto concerne le ordinanze contingibili e urgenti, esse basano la propria ragion d'essere – come detto – sul concetto di necessità come presupposto del diritto emergenziale, definendo così una particolare condizione di *sospensione* della normativa vigente al fine di ripristinare, il più velocemente possibile, senza il carico di norme e procedure ordinarie, la situazione *ex ante* l'evento dannoso²⁰⁹. Data, quindi, la natura potenzialmente “eversiva” dell'ordinanza verso il diritto oggettivo e le libertà dei singoli, la scienza giuridica si è a lungo prodigata al fine di fissare presupposti di legittimità e condizioni di esercizio al potere eccezionale che da tale strumento deriva²¹⁰.

²⁰⁸ Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, pagg. 162 e ss.

²⁰⁹ «La concezione più antica tendeva a giustificare il potere eccezionale nella massima “*salus populi suprema lex esto*” (oppure “*salus rei publicae suprema lex*”), sicché il “diritto di necessità del governo” veniva “a corrispondere al diritto di necessità del popolo”. Sulla base di queste costruzioni la necessità era eretta a presupposto del diritto eccezionale, piuttosto che fonte suprema dell'ordinamento giuridico. L'ordinanza poteva eccedere i confini della legge, sospenderne l'efficacia, imporre obblighi e limitazioni nei confronti dei singoli non previste dalla legge, ma non produrre norme giuridiche né, tantomeno, instaurare un nuovo ordinamento», così MORRONE A., “Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto”, in VIGNUDELLI A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pag. 5.

²¹⁰ I principali orientamenti sono rintracciabili in BLUNTSCHLI J.K., “*Dottrina dello stato moderno*”, Vallardi, Napoli, 1879; ORLANDO V.E., “*Principi di diritto costituzionale*”, Firenze, V ed., 1917; GALATERIA L., “*I provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze*”, Milano, Giuffrè, 1953; RESCIGNO G.U., voce “*Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*”, in Nov. Dig. It., XII, 1965; BARTOLOMEI F., “*Potere di ordinanza e ordinanze necessitate*”, Milano, Giuffrè, 1979; MODUGNO F., NOCILLA D., “*Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*”, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, Giuffrè, 1988; CAVALLO PERIN R., “*Potere di ordinanza e principio di legalità*”, Milano, Giuffrè, 1990; GIANNINI M.S., “*Diritto amministrativo*”, Milano, Giuffrè, 1993; RESCIGNO G.U., “*Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 della Corte Costituzionale*”, in Giur. cost., n. 3/1995; MARAZZITA G., “*L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*”, cit.; VENTIMIGLIA C., “*Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*”, in Cons. Stato, 2004, II. La giurisprudenza costituzionale è spesso intervenuta fin dagli anni cinquanta per limitare le ordinanze, *ex multis* Sentenza Corte costituzionale 2 giugno 1956, n. 8; Sentenza Corte costituzionale 27 maggio 1961, n. 26; Sentenza Corte costituzionale 12 gennaio 1977, n. 4; Sentenza Corte costituzionale 3 aprile 1987, n. 100; Sentenza Corte costituzionale 28

Nel corso degli anni è, pertanto, emersa una costellazione di principi cardine all'interno della quale si legittima l'utilizzo delle ordinanze di necessità ed urgenza.

Innanzitutto, il presupposto della *necessità*, in base al quale al verificarsi di un evento calamitoso, deve sussistere una assoluta ed oggettiva esigenza di intervento tempestivo da parte di un soggetto dotato di grandi poteri fruibili nell'immediato per fronteggiare l'emergenza. Al giudizio di necessità, fanno da corollario i presupposti della *contingibilità* e dell'*eccezionalità* della situazione. La prima, da intendersi come attualità o imminenza di un fatto eccezionale, quale condizione di difficoltà da eliminare celermente; la seconda, come una serie di caratteristiche raramente prevedibili in condizioni di normalità²¹¹.

La necessità si innesta nel citato presupposto dell'*imprevedibilità* del fatto, in modo da distinguere un evento non "preventivabile" che possa ammettere un provvedimento *sui generis* non ordinario. Il fatto emergenziale, infatti, sopraggiunge in modalità straordinarie tali da esigere l'instaurazione dello "stato di eccezione", a causa

maggio 1987, n. 201; Sentenza Corte costituzionale 30 dicembre 1987, n. 617; Sentenza Corte costituzionale 9 novembre 1992, n. 418; Sentenza Corte costituzionale 14 aprile 1995, n. 127. Anche la giustizia amministrativa si è più volte espressa sul tema: TAR Campania, sez. V, 21 giugno 2005, n. 8328; TAR Campania, sez. V, 8 febbraio 2006, n. 1778; TAR Abruzzo-Pescara, sez. I, 26 luglio 2006, n. 392; TAR Lazio, sez. II, 14 febbraio 2007, n. 1352.

²¹¹ Vedi la dottrina più recente GNES M., "I limiti del potere d'urgenza", in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1, 2005; CAVALLO PERIN R., "Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione", in Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, Giuffrè, 2005; MODUGNO F. "Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto", Giappichelli, 2005; MARZUOLI C., "Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri", in Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, Giuffrè, 2005; CERULLI IRELLI V., "Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione", Diritto Pubblico, 2/2007; CARDONE A., "Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo", in Caretti P. (a cura di), Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio, Giappichelli, Torino, 2007; MERUSI F., "Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo", Bologna, Il Mulino, 2007; GANDINI F, MONTAGNI A., "La protezione civile", Giuffrè, 2007; RAZZANO G., "Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale", in Scritti in onore di M. Scudiero, IV, Napoli, 2008; PINELLI C., "Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana", Diritto Pubblico, 2/2009; DUILIO L., "Sulle ordinanze di protezione civile – Il Parlamento di fronte alle procedure, alle strutture e ai poteri dell'amministrazione dell'emergenza", studio pubblicato in allegato al resoconto della seduta del Comitato per la legislazione del 23 novembre 2010; CARDONE A. "La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della xvi legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo", intervento svolto durante il Seminario "Le ordinanze di protezione civile. Un esame dei casi concreti nella XVI legislatura", promosso dal Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, Firenze, 4 febbraio 2011; CARDONE A., "La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo", Giappichelli, Torino, 2011; MARAZZITA G., "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", in AIC, 2 luglio 2012.

dell'alterazione della «civile convivenza»²¹². Come logica conseguenza di quanto fin qui asserito, tale provvedimento può e deve essere autorizzato previa la *verifica dell'impossibilità di far fronte all'evento affidandosi a strumenti ordinari* appositamente previsti dall'ordinamento, stante il carattere *extra ordinem* del potere in oggetto²¹³.

Al prodursi dei sopracitati presupposti all'atto che ne deriva è richiesta la conformità ad alcune condizioni.

In primis, la *provvisorietà*²¹⁴. L'impossibilità di curare l'interesse pubblico «senza sospendere temporaneamente l'esecuzione di determinate leggi»²¹⁵ richiede un bilanciamento in termini temporali. In altre parole, gli effetti prodotti dall'ordinanza devono avere un preciso termine finale, senza lasciare spazio, una volta terminata l'emergenza, a ripercussioni sul sistema ordinario delle leggi²¹⁶.

In secondo luogo, alla *temporaneità* si affianca il principio della *proporzionalità* del provvedimento adottato, per assicurare che esso, in relazione al suo scopo, non ecceda la finalità di una misura temporanea per la situazione contingente. L'accorgimento giuridico adottato deve quindi essere adeguato e proporzionato al fine (nel *quando* e nel *quomodo*)²¹⁷, proprio per disinnescare una potenziale continuità e stabilità di effetti²¹⁸ e per «rispettare comunque le libertà fondamentali e i principi contemplati nella Costituzione assicurando in particolare l'inviolabilità dei diritti fondamentali ovvero la loro compressione solo in costanza della necessità di tutelare interessi di pari rango»²¹⁹.

²¹² Vedi MARAZZITA G., «Il conflitto tra autorità e regole...», cit.

²¹³ Cfr. CAPANTINI M. «I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali», Editoriale Scientifica (collana Percorsi di diritto amministrativo), 2010 e MORRONE A., «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto», cit.

²¹⁴ Da considerarsi come sinonimo di *temporaneità*.

²¹⁵ MORRONE A., «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto», cit., pag. 7.

²¹⁶ Esigenza espressa soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale e dal Consiglio di Stato. Le sentenze più significative del giudice delle leggi sono la n. 82 del 3 marzo 2006, la n. 323 del 6 ottobre 2006 e la n. 237 del 20 giugno 2007. Vedi anche Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 1904 del 2001; Sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1698 del 2005; Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 6352 del 2009; Sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 3765 del 2009.

²¹⁷ MORRONE A., «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto», cit., pag. 7.

²¹⁸ Cfr. MORRONE A., «Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto», cit. e CAPANTINI M. «I grandi eventi», cit.

²¹⁹ Così CAPANTINI M. «I grandi eventi», cit., pag. 181. Sul principio di proporzionalità si è in passato espressa la Corte di Giustizia Europea con le sentenze 12 novembre 1996, causa C-84/94, Regno Unito di

Il concetto di proporzionalità postula la *corretta motivazione* dell'atto, preceduta da un'istruttoria, quanto mai opportuna, da parte degli organi competenti circa la situazione di pericolo o di danno che si intende contenere.

In terzo luogo, altri presupposti "minori" possono rinvenirsi nella necessità di una *precisa base legale*; nella sottomissione dell'ordinanza alle *regole dell'azione amministrativa* e nel tentativo di *evitare eccessiva compressione delle prerogative regionali*²²⁰.

Tra le principali norme attributive di poteri di ordinanza vigenti nell'ordinamento nazionale, oltre a quelle contenute nel Testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza e nel TUEL che imputano poteri di ordinanza rispettivamente al Prefetto e al Sindaco, se ne annoverano altre relative a molteplici ambiti, dalla tutela dell'ambiente alla sanità.

Dall'osservazione del quadro generale è possibile, *in primis*, escludere la tipicità relativamente alle circostanze e al contenuto²²¹ delle ordinanze che ne scaturiscono mentre sono per forza di cose definite le autorità competenti a emanarle, pena la violazione del principio di legalità ex art. 97 Cost.²²².

Il primo riferimento è datato più di un secolo fa. Si tratta dell'articolo 7, legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E²²³, dove si prevede la possibilità che l'amministrazione disponga transitoriamente della proprietà privata per grave necessità pubblica²²⁴.

Gran Bretagna e Irlanda del Nord c/ Consiglio dell'Unione europea; 9 novembre 1995, causa C-426/93, Germania/Consiglio dell'Unione europea; 5 ottobre 1994, causa C-280/93, Germania c/Consiglio dell'Unione europea;

18 marzo 1980, causa 26 e 86/79, Forges de Thy-Marcinelle.

²²⁰ Ipotesi ben enucleate da CAPANTINI M. "I grandi eventi", cit., pag. 181.

²²¹ In tutte manca ogni riferimento «al tipo di prestazione che la Pubblica Amministrazione può addivenire ad imporre ai destinatari con il potere di ordinanza di necessità e urgenza, fatta salva un'esplicita, o implicita, delimitazione dettata dalla necessità di prescegliere il contenuto che di volta in volta sia strettamente utile alla tutela degli interessi pubblici in pericolo» (CAVALLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 13).

²²² Nonostante, infatti, si tratti sempre di organi territoriali, il potere è attribuito a soggetti diversi in ragione di un riparto di competenze per materia e per territorio, come il sindaco (a livello locale) ovvero un elemento dell'amministrazione centrale (ministro dell'interno, ministro della sanità, ministro dell'ambiente) o periferica (Prefetto) dello Stato.

²²³ Nonostante si tratti di una norma risalente al XIX secolo, l'art. 7 è stato recentemente richiamato nella sentenza della Cassazione, VI sez. Penale, n. 38259 del 25 settembre 2007, dove si è avuto modo di precisare e limitare il potere di ordinanza. Nella fattispecie, infatti, il Presidente di un Municipio di Roma aveva adottato un'ordinanza di necessità ed urgenza e si era poi riferito, nella sua difesa dall'accusa di abuso di ufficio – di cui all'art. 323 c.p. – al potere dell'autorità amministrativa di disporre della proprietà privata per *grave necessità pubblica*, contemplato appunto dall'art. 7 della legge 20 marzo 1865 n. 2248,

Una ulteriore norma attributiva del potere di ordinanza si rintraccia nell'articolo 2 del Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 per mezzo del quale il legislatore ha incaricato il Prefetto, in occasione di gravi ed urgenti necessità pubbliche, di servirsi di «*provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica*».

Pur non essendo espressamente ribadita, la presenza della capacità derogatoria del potere si trae con facilità dalla connotazione straordinaria dell'attribuzione di competenza e soprattutto dal riferimento alle misure indispensabili. Proprio il concetto di “*indispensabilità*” rende il potere affidato dall'art. 2 a contenuto sostanzialmente libero.

Difatti, appare evidente come la norma in questione, non predeterminando neppure la materia entro la quale possono intervenire le ordinanze e consentendo al Prefetto di ricorrervi non appena reputi necessario ed urgente l'atto derogatorio, delinei un esempio di massima estensione del potere di ordinanza, indeterminato tanto nel presupposto, quanto nell'oggetto²²⁵. Sul piano normativo si configura, quindi, una

all. E, affermando anche di aver ricevuto una delega di tale potere da parte del Sindaco. Per tutta risposta, il giudice di legittimità ha ritenuto che, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 323 c.p., non rientrava nei poteri del Sindaco l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti per la requisizione di immobili da assegnare per usi abitativi a soggetti bisognosi raggiunti da un provvedimento di sfratto. Secondo la Corte, il Sindaco non era legittimato all'adozione del provvedimento di requisizione, poiché la situazione in cui versavano i soggetti nei cui confronti era in corso il provvedimento di sfratto non aveva di per sé i caratteri né di eccezionalità né di imprevedibilità, ricorrendo abitualmente in ogni agglomerato urbano ad alta densità abitativa; inoltre, aggiunge sempre la Cassazione, il potere del Sindaco di adottare ordinanze contingibili e urgenti non è delegabile ad altri, neanche ai Presidenti di Municipio. In altre parole, il provvedimento adottato dall'amministratore comunale, anche se diretto a perseguire una finalità pubblica, è stato considerato illegittimo in quanto la competenza in materia spettava al Prefetto e la situazione dei soggetti sfrattati non rivestiva il carattere di eccezionalità ed imprevedibilità che giustificava i provvedimenti di requisizione, che possono essere adottati solo per la salvaguardia di un interesse pubblico che altrimenti potrebbe essere irrimediabilmente compromesso.

²²⁴ Nella trattazione delle ordinanze in oggetto ed in particolare dell'art. 7, l. 2248/1865, di notevole interesse la riflessione di RAZZANO G., “*Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*”, cit., pag. 5: «*le ordinanze contingibili e urgenti, oltre ad essere figure di dubbia collocazione nel sistema delle fonti del diritto, presentano anche la peculiarità di una rilevanza al contempo costituzionale, amministrativa, civile e penale. Con riguardo a quest'ultimo profilo, non va infatti trascurata la circostanza per cui esiste una sanzione penale generale per l'inosservanza dei provvedimenti emessi da una pubblica autorità; e che, in assenza dei presupposti per l'adozione dell'ordinanza da parte dell'Amministrazione, si profila il reato di abuso d'ufficio in capo all'autorità che l'ha emessa*».

²²⁵ Tale disposizione risulta notevolmente emblematica con riguardo al problema costituzionale delle ordinanze di necessità e di urgenza. Proprio con riguardo a questa facoltà del Prefetto, la Corte costituzionale – con la sentenza 4 gennaio 1977, n. 4 – ha voluto accogliere la differenza, precedentemente richiamata, fra atti necessitati e ordinanze; i primi, come le seconde, fondati sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e

competenza generale capace di fronteggiare sia i fatti emergenziali naturali (catastrofi), sia connessi con l'attività dell'uomo (disastri ambientali), sia le emergenze pubbliche (criminali, economiche, sociali).

Tale estensione, ovviamente, ha posto notevoli difficoltà "interpretative" dello strumento ordinanza, sia dal punto di vista squisitamente formale, inerendo una sua eventuale forza di legge, sia, e soprattutto, dal punto di vista pratico, ovvero circa l'effettiva capacità delle ordinanze di incidere sul tessuto normativo²²⁶.

In materia ambientale è possibile identificare una tendenza normativa ad un uso disinvolto del potere di ordinanza, il quale possiede una portata generale ed un contenuto non predeterminato dalla legge. Tale tendenza, infatti, iniziata alla fine degli anni settanta²²⁷, ha portato ad una progressiva erosione dei vincoli imposti tanto al contenuto quanto al carattere delle ordinanze²²⁸, facendo da contraltare sia alle prime norme che attribuivano il potere di ordinanza²²⁹, sia alle misure più recenti, fortemente influenzata dagli spunti critici forniti dalla scienza giuridica.

Risalendo, quindi, alla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, il ministro può avvalersi dello strumento dell'ordinanza, in base al terzo comma dell'art. 8²³⁰, senza un limite specifico legato al contenuto e al carattere dell'ordinanza stessa²³¹. Pochi mesi dopo, la portata della competenza del ministro dell'ambiente è stata addirittura ampliata dall'art. 8 della legge 3 marzo 1987, n. 59²³², il quale dispone che, al di fuori dei casi contemplati dal citato art. 8, comma 3, l. 349/86, egli può emettere ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente «qualora si verifichino

perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni. A questa seconda categoria apparterebbero le ordinanze di cui all'art. 2 del T.U.. Vedi RESCIGNO G.U., "Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza", cit.; RAZZANO G., "Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale", cit..

²²⁶ Va segnalato che, nonostante l'ampiezza del modello normativo, nella prassi se ne registra, soprattutto negli ultimi due decenni, una sporadica e delimitata applicazione perlopiù in tema di svolgimento degli incontri di calcio (sulla base alle indicazioni dell'Osservatorio nazionale sulle manifestazioni sportive, l'organismo cui vengono affidati compiti di coordinamento centrale delle iniziative da attuare in occasione di incontri ritenuti particolarmente a rischio) e di divieto di vendita e detenzione degli alcolici.

²²⁷ Specificatamente con la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale.

²²⁸ Cfr. art. 32, l. 23/12/1978, n. 833; art. 117, d.lgs. 31/3/1998, n. 112; art. 8, l. 8/7/1986, n. 349; art. 8, l. 3/3/1987, n. 59.

²²⁹ Perlopiù a contenuto vincolato e carattere speciale. Cfr. artt. 129, 217 e 258 R.D. 27/7/1934, n. 1265; artt. 19 e 20 R.D. 3/3/1934, n. 383; artt. 2 e 216, R.D. 18/6/1931, n. 773.

²³⁰ Vedi nota 268, tredicesimo punto.

²³¹ Se si esclude il limite del «grave danno ecologico».

²³² Vedi nota 268, quattordicesimo punto.

situazioni di grave pericolo di danno ambientale e non si possa altrimenti provvedere»²³³.

Come anticipato poc'anzi, dottrina e giurisprudenza hanno dedicato grande attenzione nel corso degli anni novanta e nella prima decade del XXI secolo al potere di ordinanza, in particolar modo ai suoi presupposti legittimanti ed alla sua capacità derogatoria, alla luce del notevolissimo utilizzo che se ne fece in quegli anni.

Il *Codice dell'ambiente*²³⁴ è sicuramente uno dei frutti di tale attenzione.

Questi, infatti, regola rilevanti poteri di ordinanza²³⁵ caratterizzati da uno stretto perimetro di discrezionalità amministrativa, grazie alla formulazione normativa che predetermina in modo stringente i connotati essenziali, ovvero il contenuto delle misure utilizzabili, il relativo procedimento di adozione e, soprattutto, i presupposti legittimanti.

Nella rassegna delle fonti attributive dei poteri di ordinanza la moderna pietra miliare è senza dubbio la citata legge 225 del 24/2/1992, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile²³⁶.

La norma rappresenta l'approdo finale di un percorso evolutivo della materia della protezione civile, il quale delinea un sistema di tipo *policentrico* che coinvolge

²³³ Il potere straordinario in questione ha comunque trovato scarsa applicazione all'indomani dell'introduzione nell'ordinamento italiano dell'articolo 5 della legge sulla protezione civile, di cui si tratterà diffusamente nel corso del presente lavoro.

²³⁴ D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

²³⁵ Vedi, ad esempio, gli articoli 65, comma 7 («in caso di mancata attuazione o di inosservanza, da parte delle Regioni, delle province e dei comuni, delle misure di salvaguardia, e qualora da ciò possa derivare un grave danno al territorio, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, previa diffida ad adempiere entro congruo termine da indicarsi nella diffida medesima, adotta con ordinanza cautelare le necessarie misure provvisorie di salvaguardia, anche con efficacia inibitoria di opere, di lavori o di attività antropiche, dandone comunicazione preventiva alle amministrazioni competenti»), 75, 135, 140, 192, 255, 278, 306 (in materia di ripristino a seguito di danno ambientale), 312, 313 («Qualora all'esito dell'istruttoria di cui all'articolo 312 sia stato accertato un fatto che abbia causato danno ambientale ed il responsabile non abbia attivato le procedure di ripristino [...], il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, con ordinanza immediatamente esecutiva, ingiunge a coloro che, in base al suddetto accertamento, siano risultati responsabili del fatto il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato»), 314, 315, 316 e 317.

²³⁶ Su cui MALO M., SEVERI F.S., «Il servizio nazionale di protezione civile», Torino, Giappichelli, 1995; SANDULLI A., «L'Agenzia di protezione civile (articoli 79-87)» in A. Pajno e L. Torchia (a cura di), La riforma del governo: commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione delle presidenze del consiglio e dei ministeri, Bologna, Il Mulino, 2000; GIAMPAOLINO L., «Il Servizio nazionale di protezione civile. Commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225», Milano, Giuffrè, 2003; MEOLI C., «La protezione civile», in S. Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, parte generale, Giuffrè, 2003; GANDINI F., MONTAGNI A., «La protezione civile», Giuffrè, 2007.

l'amministrazione statale (centrale e periferica), le regioni e gli enti locali, nonché soggetti di varia natura, pubblica o privata, individuale o collettiva.

La modalità del sistema di intervento si palesa nella suddivisione degli ambiti di competenza, normati dall'articolo 2 della legge n. 225/1992, che indica il soggetto deputato ad intervenire in base alla tipologia degli eventi:

«Ai fini dell'attività di protezione civile gli eventi si distinguono in:

a. eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;

b. eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria;

c. calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo»²³⁷.

Di particolare interesse il comma 3, apripista dell'articolo 5 della stessa legge e norma attributiva, al secondo comma, del potere di ordinanza²³⁸; l'articolo descrive un vero e proprio procedimento normativo, intento a contrastare la più ampia gamma di avversità. Dal punto di vista formale, la norma appare ben congeniata sotto il profilo del coordinamento dell'attività in deroga, *in primis* poiché è la stessa legge la fonte primaria di legittimazione delle ordinanze contingibili e urgenti; in secondo luogo, data la

²³⁷ Articolo 2, l. n. 255/1992, rubricato «Tipologia degli eventi ed ambiti di competenze», così come modificato dal decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, «Disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 113 del 16 maggio 2012.

²³⁸ Articolo 5, l. n. 255/1992, rubricato «Stato di emergenza e potere di ordinanza»:

«Al verificarsi degli eventi di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), il Consiglio dei Ministri [...] delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. [...]

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.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'art. 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, può emanare altresì ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose. [...]

Le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate. [...]».

previsione della preventiva dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Governo ed, inoltre, l'obbligo di indicare, nel provvedimento con cui si delegano i commissari, i contenuti dell'incarico, i tempi e le modalità di esercizio²³⁹.

Infine, con specifico riferimento alle ordinanze adottabili è poi previsto il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, la motivazione, la pubblicazione, l'indicazione delle principali norme cui si intende derogare.

Nonostante gli accorgimenti del legislatore, sarà la prassi – come meglio si vedrà di seguito – a far emergere importanti perplessità, tanto sul perimetro di intervento²⁴⁰, quanto sulla tenuta costituzionale della norma.

2.2.2. I limiti e le garanzie che assicurano la legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza

Tutte le norme attributive dei poteri di necessità ricordate nel paragrafo precedente richiedono presupposti quali: la sussistenza di un'oggettiva necessità e la conseguente assenza di mezzi espressamente predisposti per farvi fronte; la proporzionalità delle disposizioni impiegate rispetto al fine; la previsione che il diritto eccezionale sia contenuto allo stato di eccezione e non trasformarsi in diritto ordinario o normale²⁴¹.

Quindi, le norme in questione istituiscono con le altre norme un rapporto di deroga o di sostituzione, creando un potere innominato necessario nell'ipotesi in cui il potere nominato non si attagli alla fattispecie concreta sotto il profilo del contenuto²⁴². Il

²³⁹ Valuta positivamente il tentativo di organizzazione delle procedure emergenziali operato attraverso tale legge RESCIGNO G.U., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in Giur. Cost. n. 3/1995, pur analizzando al contempo importanti incertezze della stessa – compresi alcuni profili d'incostituzionalità – con riguardo, in particolare, alla scarsa chiarezza circa l'obbligo di pubblicazione in Gazzetta della totalità di queste ordinanze, all'emanazione con decreto del Presidente della Repubblica della stessa dichiarazione di emergenza deliberata dal Consiglio dei Ministri, alla deroga o alla derogabilità delle leggi da parte delle ordinanze, all'ambiguità del termine "provvedimento" (con riguardo alla delega ai commissari e a quelle che si prefigurano a loro volta come vere e proprie ordinanze in deroga).

²⁴⁰ Paradigmatico l'esempio dei "grandi eventi".

²⁴¹ Vedi MORRONE A., *"Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto"*, in Vignudelli A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009.

²⁴² CAVALLO PERIN R., *"Potere di ordinanza e principio di legalità"*, cit., pag. 57, propone l'esempio dell'art. 265 del citato testo unico delle leggi sanitarie del 1934, che attribuisce al veterinario provinciale il potere di ordinare l'abbattimento di bovini infettati da malattie elencate. In caso di bisogno di

fondamento del carattere derogatorio del potere d'emergenza deve essere cercato sia nella norma che prevede il potere (sia pure in modo generico) sia nella finalità d'interesse pubblico che la norma intende salvaguardare nelle situazioni di pericolo. Solo così è possibile giustificare le deroghe alla tutela dei diritti e delle libertà, nonché alle previsioni di forma e procedura, che possono concretizzarsi in forme invasive.

Alla luce di ciò, il lungo percorso di inquadramento normativo delle leggi attributive di poteri di ordinanza ha vissuto una fase particolarmente delicata all'indomani del 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della Costituzione della Repubblica Italiana.

La Costituzione, infatti, nei suoi principi fondamentali, ha realizzato una risoluta soluzione di continuità con il passato, per mezzo di un'immissione di importanti principi²⁴³ come la rigidità costituzionale; il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali; l'esteso richiamo – nella materia della gestione delle situazioni d'urgenza – alle riserve di legge; la tipicità e la tassatività delle fonti primarie di produzione del diritto; la ripartizione del potere legislativo tra Parlamento e Governo²⁴⁴, secondo il principio di supremazia del primo sul secondo; la tipizzazione degli atti del Governo con forza di legge e la relativa previsione – per tali atti – di limiti costituzionali rigorosi e giustiziabili²⁴⁵; il riconoscimento del principio di separazione tra legislazione e amministrazione (*legis-latio* e *legis-executio*), nonché del principio di legalità dell'amministrazione anche in funzione di limite per lo stesso legislatore²⁴⁶;

abbattimento di bovini per malattie diverse da quelle previste dalla norma citata, o di necessità di abbattimento di animali diversi dai bovini, la norma di cui sopra sarebbe inapplicabile, con conseguente necessità di ricorrere a strumenti ulteriori.

²⁴³ MORRONE A., "Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto", cit., pagg. 148-149.

²⁴⁴ Articolo 70 Costituzione: «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere».

²⁴⁵ Articoli 76 («L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti») e 77 Costituzione («Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria).

Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti»).

²⁴⁶ Articolo 97 Costituzione: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

l'inserimento del controllo di costituzionalità degli atti legislativi²⁴⁷. La rigidità della struttura della neonata carta costituzionale rappresenta un fondamentale elemento di novità per la riflessione dottrinale circa l'ammissibilità del permanere nell'ordinamento nazionale delle ordinanze contingibili.

Con l'introduzione dei nuovi principi richiamati, infatti, sembra diminuire – fino alla scomparsa per alcuni autori²⁴⁸ – lo “spazio di manovra” per l'uso legale dei provvedimenti *extra ordinem*, a maggior ragione se si considera il riconoscimento dei diritti di libertà come barriera insormontabile, operato dall'articolo 13 della stessa Costituzione²⁴⁹.

La scienza giuridica ha comunque favorito la legittimità di tali ordinanze, in particolare attraverso le autorevoli parole del Giannini, il quale ha sostenuto che i provvedimenti emergenziali «sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità»²⁵⁰, nonostante esprimano un'eccezione rispetto alla regola della tipicità. Lo stesso Autore ha quindi precisato che il potere di ordinanza è «potestà di creare provvedimenti atipici al di fuori della previsione normativa e, pertanto, sotto tale profilo, necessariamente derogatori, senza tuttavia che ciò possa significare che il titolare [...] abbia un'assoluta libertà di scelta».

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

²⁴⁷ Articolo 134 Costituzione: «La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione».

²⁴⁸ MORTATI C., "Istituzioni di diritto pubblico", Cedam, Padova, 1975, pag. 717.

²⁴⁹ Articolo 13 Costituzione: «La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

Di particolare interesse, ai fini dell'analisi in corso, il comma 3 dell'art. 13 Cost., che imposta un chiaro iter procedimentale per l'adozione di provvedimenti provvisori nei casi, si badi bene, individuati in maniera categorica dalla legge. È facile verificare come il dettato del terzo comma dell'art. 13 sia stato spesso eluso dalle varie norme attributive di poteri di ordinanza.

²⁵⁰ GIANNINI M.S., "Diritto amministrativo", cit., pag. 550.

Concetto di generale indeterminabilità dell'oggetto del provvedimento ripreso – e a sua volta negato – da Cavallo Perin R.²⁵¹, il quale ha argomentato che le disposizioni attributive del potere di ordinanza di necessità e urgenza, pur essendo prive della determinazione di ciò che le autorità amministrative possono imporre ai soggetti dell'ordinamento in presenza del presupposto dell'urgente necessità, concedono comunque alla stessa Pubblica Amministrazione di intervenire entro specifici limiti di materia²⁵² o in vista di determinati fini da perseguire²⁵³.

Secondo Rescigno G.U., infine, l'aspetto distintivo delle ordinanze menzionate risulterebbe proprio dalla circostanza che il loro contenuto sia di volta in volta specificato dall'ordinanza stessa, ma pur sempre nella sfera della materia nell'ipotesi indicata dalla norma attributiva e in vista dell'interesse pubblico da realizzare²⁵⁴.

Per affrontare il delicato tema dell'armonizzazione delle ordinanze con il quadro costituzionale repubblicano, dottrina e giurisprudenza si sono adoperate per categorizzare i provvedimenti d'emergenza sulla base di specifici criteri di classificazione, riconoscendone talune sottocategorie. I parametri di suddivisione sono principalmente tre, legati, rispettivamente, al carattere generale o speciale; al contenuto libero o vincolato ed infine al livello delle disposizioni passibili di sospensione o deroga provvisoria.

Nel caso del carattere delle ordinanze, si fa riferimento alla predeterminazione o meno dei presupposti legittimanti che la legge che imputa la competenza prescrive per l'impiego delle ordinanze e, quindi, ai beni e ai fini che esse garantiscono o si prefiggono. In ossequio a tale criterio, si possono contraddistinguere ordinanza *generali*, in grado di affrontare eventi emergenziali *innominati*, ed ordinanze *speciali*, previste per emergenze *tipiche*.

Il secondo parametro, invece, considera il livello di preordinazione del contenuto da parte delle stessa norma attributiva e individua ordinanze a contenuto *vincolato* – dove la legge specifica, più o meno al dettaglio, le misure emergenziali adottabili – e

²⁵¹ CAVALLLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 7.

²⁵² Ad esempio, sanità pubblica ed igiene.

²⁵³ Come ordine pubblico, sicurezza pubblica, incolumità pubblica, ecc..

²⁵⁴ RESCIGNO G.U., "Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza", cit., pag. 92.

ordinanze a contenuto *libero*, dove non c'è un presupposto definito ed il contenuto viene in concreto generato dal soggetto titolare del potere straordinario.

Infine, secondo il terzo criterio – ovvero il livello delle disposizioni passibili di sospensione o deroga provvisoria – si discernono i provvedimenti che si attengono al principio gerarchico di preferenza della legge (*ordinanze amministrative in senso stretto*) da quelli che provvedono in deroga ad ogni disposizione vigente (*ordinanze c.d. contra legem*)²⁵⁵.

Le norme attributive di poteri in grado di emanare atti di carattere generale a contenuto libero che derogano alla legge – di cui per giunta si hanno molti esempi nel nostro ordinamento²⁵⁶ – appaiono sicuramente i più distanti dal testo costituzionale, anche se, tuttavia, per tutte le tipologie di ordinanze sono stati imposti dalla scienza giuridica, nel corso del tempo, limiti e garanzie che ne circoscrivono l'ammissibilità nell'ordinamento giuridico. Se pure l'emergenza, infatti, consente all'amministrazione di derogare le regole che sovrintendono al suo funzionamento e alla sua organizzazione, al potere che ne deriva si accompagnano importanti vincoli.

In primis, la qualificazione delle ordinanze conseguenti a situazioni di emergenza come una specie del genere delle attività dell'amministrazione ammette l'opportunità di contestare, in sede giurisdizionale, i vizi di legittimità del provvedimento d'emergenza nelle tradizionali tipologie di incompetenza, di eccesso di potere e di violazione di legge.

Si tratta di controlli che operano *a posteriori*, cioè dopo il verificarsi degli eventi e possono avere un effetto ripristinatorio o risarcitorio che rappresenta pur sempre un palliativo di fronte a eventuali comportamenti illegittimi o illegali. Oltre alle garanzie giurisdizionali, operano i controlli amministrativi, di natura preventiva, successiva o sostitutiva. Anche questi, però, agiscono prevalentemente dopo il verificarsi degli eventi poiché è difficile ipotizzare controlli *ex ante* sull'adeguatezza dell'organizzazione se non sulla base di simulazioni che restano però ancorate a modelli teorici e non sono in grado di rappresentare le azioni e le reazioni umane nei casi di vera emergenza.

²⁵⁵ MARAZZITA G., “Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”, cit., pag. 8.

²⁵⁶ Ad esempio: Articolo 2 del Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773. Vedi nota 268, terzo punto; Articolo 32 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833. Vedi nota 268, decimo punto; Articolo 8 della Legge 3 marzo 1987, n. 59. Vedi nota 268, quattordicesimo punto.

In secondo luogo, interviene un limite "legale". Premesso, infatti, che il fondamento del potere d'emergenza non deve necessariamente essere cercato in una specifica norma perché tale potere è insito nel più generale potere attribuito all'amministrazione per la cura di un interesse pubblico e opera come continuazione del potere amministrativo ordinario, l'operato del soggetto pubblico deve comunque rimanere ancorato al rispetto dei precetti costituzionali, dei principi generali dell'ordinamento e delle riserve di legge – assolute e relative – assicurate dalla Costituzione, a prescindere da qualsiasi situazione di emergenza alla quale la Pubblica Amministrazione debba far fronte e dal relativo potere ad essa consegnato per risolvere la situazione di pericolo in atto. In particolare, è ritenuta preclusa ogni possibilità di intervento del potere di ordinanza che *«pretenda di porre limiti ai diritti la cui definizione è riservata, in via esclusiva, alla legge – ipotesi in cui, cioè, sia prevista una riserva assoluta di legge – e, a fortiori, con riferimento ai casi in cui la norma costituzionale contempli una delimitazione del contenuto della legge stessa (c.d. riserve rinforzate)»*²⁵⁷.

Inconciliabile con il disposto costituzionale che prescrive riserve relative è, invece, l'assegnazione di una "discrezionalità" priva di un chiaro vincolo all'operato della Pubblica Amministrazione, così da mostrare ciò che è stato qualificato come un vero e proprio *arbitrio*²⁵⁸. La medesima Corte costituzionale ha, pertanto, patrocinato, nei numerosi interventi in materia, l'esigenza che ciascun riconoscimento di capacità al soggetto pubblico interessato sia associato ad appropriati limiti d'esercizio, centrando l'interesse riguardo a quello che della materia dell'atto debba essere previsto dalla legge, ai fini del rispetto del principio di legalità.

Tale principio afferma che l'amministrazione pubblica e la giurisdizione non hanno altri poteri se non quelli conferiti dalla legge²⁵⁹; esso, infatti, in uniformità alle

²⁵⁷ Così CAVALLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 41.

²⁵⁸ CAVALLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 170.

²⁵⁹ Ci si riferisce, in particolare, al cosiddetto principio di legalità *formale*. Mentre secondo il principio di legalità *sostanziale*, amministrazione e giurisdizione devono esercitare i loro poteri in conformità con i contenuti prescritti dalla legge. L'amministrazione è tenuta non solo a perseguire i fini determinati dalla legge (*legalità-indirizzo*), ma anche a operare in conformità alle disposizioni normative stesse (*legalità-garanzia*).

riserve di legge, richiede che gli elementi essenziali del potere siano distintamente predeterminati – in via generale e astratta – in espressioni di legge.

L'uso del potere di emergenza, in conclusione, non comporta uno strappo della legalità poiché deve esercitarsi nel rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti, delle riserve assolute di legge e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Nei casi in cui l'amministrazione dovesse eccedere dal rispetto di tali limiti saremmo di fronte ad una patologia che potrà essere affrontata con i mezzi e gli strumenti posti a tutela delle persone. Gli articoli 24 e 113 della Costituzione sulla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione, così come l'articolo 28 sulla responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni non sono limitati e limitabili, ma rappresentano una garanzia anche nelle situazioni eccezionali, così come non sono limitabili i diritti dei terzi o dei contro-interessati.

Un ulteriore parametro attraverso il quale può essere vagliata la legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza è quello della proporzionalità-adequatezza, desumibile dal principio di *eguaglianza*²⁶⁰.

Quello di eguaglianza è un concetto universalmente adottabile per la programmazione delle decisioni pubbliche, utilizzato con il proposito di calibrare i contenuti dei poteri in deroga, grazie ad una valutazione *ex post* della condotta amministrativa in fase di necessità. In altre parole, l'applicazione del principio di adeguatezza ha il difficile compito di dare origine ad un ragionevole ed attento equilibrio tra azione amministrativa e circostanze da regolamentare, perché l'interesse pubblico sia perseguito con il minor aggravio possibile per i privati cittadini²⁶¹. Nell'esercizio del potere di ordinanza, in sintesi, la Pubblica Amministrazione deve attenersi alla regola della proporzionalità, ossia «*deve scegliere il contenuto di esercizio del potere che sappia realizzare il minor sacrificio possibile degli interessi [...] del*

²⁶⁰ Di cui all'articolo 3 della Costituzione: «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

²⁶¹ MARAZZITA G., «*Le ordinanze di necessità dopo la L. 225 del 1992*», cit., pagg. 512-513 descrive una «*strumentalità intesa come proporzione tra l'evento imprevisto e le misure straordinarie, come congruità degli interventi alla situazione fattuale, come divieto di interventi che, pur giustificati da diverse ragioni, prescindano dal contesto emergenziale*».

destinatario verso il quale si esplicano gli effetti sfavorevoli, con il vantaggio strettamente necessario al soggetto verso il quale si vuole che si realizzino effetti favorevoli»²⁶².

Sempre sul tema dei limiti derivanti dai principi sull'attività amministrativa, ha avuto grande impatto il principio di *precauzione*. Si tratta di un assioma generale dell'ordinamento, che opera come supporto tecnico e scientifico per l'amministrazione. Grazie al principio di precauzione la prevenzione può essere considerata come una funzione ordinaria delle amministrazioni.

Il principio di precauzione, infatti, qualificato dalla giurisprudenza europea come principio generale del diritto comunitario trova anche un ancoraggio costituzionale nelle disposizioni relative alla tutela della salute, della sicurezza delle persone e, naturalmente, dell'ambiente. Il suo principale scopo è quello di fornire parametri di giudizio nei contesti in cui prevale l'incertezza, considerati la necessità e l'obbligo dell'amministrazione di arrivare comunque ad una decisione.

In altri termini, la valutazione della legittimità dell'azione amministrativa avviene alla luce di criteri di legalità che tengano conto di nuovi interessi giuridicamente rilevanti.

Che la prevenzione operi come funzione guida lo si deduce anche dalla nuova considerazione dell'elemento dell'incertezza. Una delle caratteristiche delle situazioni d'emergenza è la loro imprevedibilità, quanto meno sul piano temporale; possono essere, invece, oggetto di pianificazione i rischi e le modalità di intervento nelle fasi di emergenza e, anzi, nella logica della prevenzione e della riduzione degli effetti negativi la funzione di pianificazione svolge un ruolo centrale.

Quando la prevenzione non riesce a scongiurare gli eventi calamitosi l'amministrazione ha gli strumenti appropriati per agire: sembra che l'ordinanza di necessità ed urgenza tenda ad imporsi come atto tipico per le situazioni emergenziali. Tali provvedimenti consentono deroghe anche significative alla normale attività dell'amministrazione e alle consuete garanzie dei cittadini, ma non rappresentano un rischio di degenerazione dell'ordinamento. Sia le norme sia la giurisprudenza ne hanno

²⁶² CAVALLO PERIN R., "Potere di ordinanza e principio di legalità", cit., pag. 330.

circoscritto l'uso e hanno riconosciuto la non derogabilità dei principi costituzionali, di quelli europei e dei principi generali dell'ordinamento²⁶³.

Altro strumento sul quale dottrina e giurisprudenza hanno fortemente premuto per circoscrivere i confini del potere di ordinanza *extra ordinem* è rappresentato dalla sussistenza dei requisiti di "contingibilità ed urgenza", ovvero all'attualità di uno stato di pericolo che deve essere immediatamente eliminato. Attualità che, quindi, rende l'emergenza improrogabile, posta ovviamente l'inadeguatezza degli ordinari mezzi previsti dall'ordinamento per provvedere al ripristino della situazione *ante evento*. Per quanto concerne la contingibilità, essa richiama il verificarsi di un accadimento «*di natura eccezionale, accidentale, eventuale, straordinario, inconsueto, tale, quindi, da non poter essere in alcun modo previsto*»²⁶⁴.

Di conseguenza, la stessa ordinanza contingibile ed urgente che si adotta sulla premessa di una indifferibile necessità avrà carattere transitorio ed effetti destinati a trovare applicazione solo in via temporanea ed eccezionale, poiché, all'esaurirsi della pericolosità del fatto, la sua esistenza non avrà più ragione di perdurare, non potendosi regolamentare, in via permanente, situazioni contingenti e, al contrario, dovendo far riferimento a norme già presenti nell'ordinamento qualora si verificino fatti prevedibili e duraturi nel tempo.

Dal riconoscimento dei limiti sopra richiamati posti all'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem* si può dedurre come, nel corrente quadro costituzionale, la priorità sia rappresentata «*anzichè dalla salvezza dello Stato, inteso come una qualsiasi organizzazione della sovranità, dalla salvezza della Costituzione, intesa come un particolare tipo di organizzazione della sovranità in cui si materializza il patto sociale tra forze politicamente e socialmente eterogenee*»²⁶⁵. Nel contesto emergenziale, quindi, la questione della continuità costituzionale si presenta come un tema nevralgico nell'utilizzo di ordinanze in deroga alle disposizioni vigenti, al fine di respingere il

²⁶³ Ulteriori garanzie connesse con l'attività amministrativa derivano dal ruolo svolto dall'informazione e dalla comunicazione che rappresentano funzioni strategiche tanto nella prevenzione, quanto nella gestione delle emergenze. Una buona informazione sui rischi e sui comportamenti da tenere in caso d'emergenza, oltre a ridurre gli impatti negativi degli eventi, è coerente con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

²⁶⁴ MAGGIORA E., "Le ordinanze negli enti locali", Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 255 e seg.

²⁶⁵ MARAZZITA G., "Le ordinanze di necessità dopo la L. 225 del 1992", cit., pag. 525.

verificarsi – seppur in situazioni limite – sovvertimenti del sistema delle fonti e quindi della forma di governo.

Un'ultima serie di garanzie possono definirsi “*organizzative*”, in quanto scaturenti dalle moderne forme organizzative attraverso cui si esprime il potere di emergenza. Il riferimento è al Servizio nazionale della protezione civile che, oltre a dare un assetto definitivo e coerente alla materia, ha creato un nuovo modello organizzativo basato sul presupposto che l'attività amministrativa possa in situazioni eccezionali aver bisogno di una forma organizzativa anch'essa eccezionale²⁶⁶.

Quest'ultima, infatti, è sia quella della *rete* che opera nelle situazioni ordinarie – rete intesa come luogo in cui le amministrazioni internazionali, europee, centrali, periferiche, regionali e locali, oltre ai soggetti privati, ciascuno mantenendo le proprie competenze primarie, cooperano per il migliore conseguimento di un obiettivo comune – sia nella struttura *piramidale* che si sostituisce a quella a rete quando la dimensione dell'emergenza è tale da non poter essere affrontata dalla singola amministrazione (pur dotata di poteri amministrativi d'urgenza). In questo caso, infatti, si spezza il normale assetto delle competenze e si trasforma l'organizzazione in un sistema caratterizzato da un forte accentramento di poteri in mano alla protezione civile, la quale si affianca o addirittura si sostituisce al soggetto pubblico²⁶⁷.

Particolarmente controversa, in questa configurazione verticistica, è l'ingerenza politica poiché, nonostante l'intervento dell'amministrazione si concretizzi in atti di natura tecnica e materiale, le decisioni sui tempi ed i modi dell'intervento sono prese da organi di natura politica²⁶⁸ e non amministrativa. Così come politici sono gli atti di nomina dei responsabili delle strutture ordinarie (di protezione civile) e straordinarie (i commissari).

²⁶⁶ Anche se la protezione civile nasce per affrontare emergenze di tipo ambientale e naturale, negli anni più recenti il suo ambito di intervento si è notevolmente ampliato non solo alla gestione dei grandi eventi, di cui si tratterà diffusamente nel corso del presente scritto – ma a situazioni che sono palesemente il frutto di disfunzioni amministrative. Tranne che per le emergenze economico-finanziarie e per quelle che riguardano l'ordine e la sicurezza pubblica o la repressione dei reati, la protezione civile sembra essere un'amministrazione destinata ad operare ogniqualvolta se ne ravvisi l'opportunità.

²⁶⁷ Anche se il momento dell'emergenza richiede un modello organizzativo accentrato e gerarchico, l'esistenza di una rete sottostante consente comunque una partecipazione che garantisce la pluralità degli interessi in gioco.

²⁶⁸ Ovvero Presidente del Consiglio, della regione, dal sindaco, a seconda dell'espansione territoriale dell'evento dannoso.

2.3. Poteri emergenziali e deroghe all'evidenza pubblica

Il potere derogatorio riconosciuto alle ordinanze per appalti pubblici effettuati in interventi emergenziali si è tradotto nella frequente realizzazione di interventi sottratti in tutto o in parte alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, in virtù dell'art. 5 della richiamata legge n. 225/1995 e dell'art. 5-bis, comma 5, del Decreto-legge n. 343/2001 relativo ai "grandi eventi".

È opportuno ricordare il ruolo del procedimento ad evidenza pubblica, che nell'attività privatistica della pubblica amministrazione ha la funzione di evidenziare – in un momento di natura pubblicistica – l'*iter* motivazionale del provvedimento assunto in concreto dall'amministrazione.

Il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione, infatti, deve sempre compiersi nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e tutela del terzo, nonché in conformità ai principi normativi che disciplinano l'azione amministrativa.

Quindi, i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione sono sempre funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, impedendo in tal modo una totale libertà d'azione ed imponendo una procedura ad evidenza pubblica che evidenzi la coerenza e la legittimità della scelta in modo da consentire anche un sindacato che possa tutelare il contraente privato.

L'interesse pubblico, pertanto, costituisce un limite all'autonomia negoziale della p.a. e questa limitazione si traduce nell'obbligo di operare attraverso le procedure ad evidenza pubblica.

Prima dell'azione riformatrice del legislatore comunitario, l'interesse alla convenienza amministrativa (minore o migliore utilizzo delle sostanze pubbliche) rappresentava l'asse centrale della contrattualistica pubblica²⁶⁹. La normativa comunitaria, invece, ha introdotto la disciplina della concorrenza come strumento per il raggiungimento del mercato unico attraverso la realizzazione delle quattro libertà fondamentali, di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali²⁷⁰.

²⁶⁹ M.S. GIANNINI, Diritto Amministrativo, Milano, 1970, I, p. 677.

²⁷⁰ Art. 3, comma 1, lettere c) e g), comma 2, Trattato CE. A ciò si possono associare gli esiti scaturiti dall'applicazione del diritto *antitrust* – anch'esso di derivazione comunitaria – da parte degli Stati membri della UE, che si pone l'obiettivo di permettere a tutti gli operatori economici comunitari che agiscono fuori dai propri confini nazionali di confrontarsi senza posizioni di svantaggio, tanto nella fase di presentazione delle offerte, quanto nel momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione

La tutela della concorrenza è divenuta così fondamentale che i suoi principi sono stati trasfusi nella nostra Costituzione, in occasione della modifica del Titolo V del 2001, quando è stato previsto che la potestà legislativa fosse esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali²⁷¹ e che tra le materie rientranti nella competenza esclusiva del legislatore statale vi fosse anche quella relativa alla «*tutela della concorrenza*»²⁷².

La stessa Corte Costituzionale si è espressa al riguardo: in un primo momento con la sentenza n. 272 del 2004, dove ha affermato che l'intervento dello Stato, ai fini della tutela della concorrenza, non deve essere rivolto solo a proteggere, ma anche a promuovere l'assetto concorrenziale del mercato; di seguito, con la sentenza n. 432 del 2008 in occasione della quale ha ribadito la necessità di evitare che uno sviluppo normativo a livello regionale possa avere effetti restrittivi della concorrenza ed ha sottolineato come sia necessario che gli Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente i privilegi che sicuramente ostano alla libera concorrenza ed alla libertà di entrata, soprattutto attraverso la prevenzione di adeguate procedure ad evidenza pubblica.

Sul tema dell'introduzione del principio di concorrenza negli appalti pubblici sono intervenuti nel tempo anche altri organi giurisdizionali. A livello comunitario, la Corte di Giustizia già nel 1999 parlava di una «*concezione dell'interesse pubblico, inteso ora come strumento funzionale al mercato, ossia come passaggio necessario a garantire la piena operatività del gioco concorrenziale, quale valore da promuovere oltre che da tutelare*»²⁷³.

Nella stessa sentenza, il giudice comunitario allarga il campo di applicazione del principio della concorrenza anche al di fuori delle direttive dettate in materia di appalti, ovvero per gli appalti sotto-soglia e dei settori esclusi, per i quali si impone di

aggiudicatrice; infatti, seppur tradizionalmente rivolta alle imprese, la disciplina antitrust oggi condiziona la normativa sulla concorrenza in tutti i paesi dell'Unione Europea.

²⁷¹ Anche la legge 11 febbraio 2005, n. 15 - "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa" (pubblicata Gazzetta Ufficiale n. 42 del 21 febbraio 2005) - che ha emendato la legge n. 241/1990, ha previsto che tra i principi dell'azione amministrativa vi sia anche quello che impone il rispetto dei principi comunitari.

²⁷² Art. 117 Cost., comma 2, lett. E).

²⁷³ Corte Giust., sentenza 16 settembre 1999, C-27/98. Dello stesso tenore la sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99.

«garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione».

Sulla stessa linea interpretativa si colloca il Consiglio di Stato secondo il quale si realizza una progressiva compenetrazione tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno che non solo concretizza il principio di concorrenza, ma rappresenta inoltre l'evoluzione e l'aggiornamento della normativa nazionale in materia di contabilità pubblica, tradizionalmente orientata a garantire, in modo prevalente, la trasparenza delle scelte amministrative e quindi l'imparzialità dei soggetti pubblici²⁷⁴.

Di nuovo la Corte costituzionale – con la sentenza n. 401 del 19-23 novembre 2007 – è intervenuta sull'argomento, in linea con il Consiglio di Stato. Il giudice delle leggi, infatti, afferma che la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi *«di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto»*, sia interventi miranti a ridurre gli squilibri attraverso la creazione di condizioni per l'instaurazione di assetti concorrenziali²⁷⁵.

In particolare, nella sentenza appena richiamata si evidenzia l'aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi. Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.

Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.. Deve, anzi, rilevarsi, come sia stata propria l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica che

²⁷⁴ Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491.

²⁷⁵ Rientrano, pertanto, nell'ambito materiale in esame, le misure di garanzia per il mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi.

qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale²⁷⁶.

In sostanza, gli interventi giurisprudenziali citati rappresentano l'emblema di una sempre maggiore forza espansiva dell'evidenza pubblica di matrice comunitaria con riferimento all'attività negoziale della pubblica amministrazione.

Addirittura, il Consiglio di Stato ha sottolineato che l'obbligo di rispettare i principi insiti nell'evidenza pubblica è valido ogniqualvolta che l'amministrazione, pur in assenza di una sua controprestazione, offra un'opportunità di "guadagno" ad un soggetto operante sul mercato²⁷⁷.

Sempre il Consiglio di Stato, con specifico riferimento ai cosiddetti "contratti attivi" produttivi di un'entrata, in una recente sentenza²⁷⁸ afferma che *«è principio generale quello secondo cui, anche in assenza di specifica disposizione normativa che imponga l'adozione di procedure concorrenziali per la selezione del contraente privato, l'amministrazione deve osservare i fondamentali canoni della trasparenza, dell'imparzialità e della par condicio»*.

In altre parole, anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario²⁷⁹, nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici, impone all'amministrazione procedente di

²⁷⁶ Inoltre, la Corte Costituzionale ha voluto precisare, sempre con la sentenza n. 401 del 2007, che *«la nozione comunitaria di concorrenza che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., è definita come concorrenza «per il mercato», la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati»*.

²⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 60. Secondo il giudice amministrativo, sono sottoposti ai principi comunitari, in materia di tutela della concorrenza, non solo i contratti "onerosi", ma anche i contratti cosiddetti "altruistici" o "gratuiti", con i quali le imprese, in vista di un tornaconto economico indiretto (in termini di pubblicità, di notorietà e presunta affidabilità), accettano di realizzare lavori, servizi o forniture senza alcun onere economico a carico della pubblica amministrazione. In tale ipotesi non rileva la figura dell'appalto (proprio perché il vantaggio dell'impresa non è a carico dell'amministrazione) ma quella del contratto gratuito che rappresenta, comunque, un'occasione di guadagno per l'impresa che lo stipula e, pertanto, emerge la necessità che la selezione del contraente avvenga nel rispetto dei principi di evidenza pubblica.

Questa impostazione è stata più volte ribadita anche con riferimento all'attività negoziale della pubblica amministrazione allorquando si estrinseca in ambiti assolutamente particolari quali, ad esempio, il settore non profit.

²⁷⁸ Cons. Stato, sezione VI, 19 maggio 2008, n. 2279.

²⁷⁹ Ottenibili principalmente dagli artt. 43 e 55 del Trattato CE.

operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, grazie all'utilizzo di procedure competitive selettive²⁸⁰.

Altre sentenze, infine, indicano come sia aderente al principio dell'evidenza pubblica anche la fase di pubblicizzazione della gara al fine di consentire, con sufficiente anticipo, a tutti gli aspiranti contraenti di formulare un'adeguata offerta; questo principio deve trovare applicazione anche per i cosiddetti contratti "sotto soglia"²⁸¹.

Un contributo determinante all'introduzione del principio della concorrenza di derivazione europea nell'ordinamento interno è arrivato dal principio della preminenza del diritto comunitario su quello nazionale. Tale principio impone che una norma interna contrastante con il diritto comunitario debba essere disapplicata da parte del giudice interno. Il principio della preminenza del diritto comunitario richiede, dunque, non solo al giudice, ma allo stesso Stato membro in tutte le sue articolazioni (e quindi a tutte le amministrazioni) di dare pieno effetto alla norma comunitaria e, in caso di contrasto, di abrogare la norma interna²⁸².

In sintesi, sulla base della richiamata giurisprudenza, l'eventuale contrasto tra la normativa di carattere nazionale o regionale (o anche rispetto a una clausola inserita in eventuali atti normativi di livello subordinato) e l'ordinamento comunitario si definisce con la disapplicazione della disciplina interna e il riconoscimento della conseguente invalidità degli eventuali atti applicativi. È importante sottolineare che all'obbligo della disapplicazione sono giuridicamente tenuti tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi, tanto se dotati di poteri dichiarativi del diritto – come gli organi giudiziari – quanto se privi di tale potere, come gli organi amministrativi, anche d'ufficio indipendentemente da sollecitazioni o richieste di parte²⁸³.

²⁸⁰ Vedi Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368.

²⁸¹ Cfr TAR Lazio, Roma, sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375.

²⁸² Cfr. Consiglio di Stato VI 23 maggio 2006 n. 3072. Più risalente la sentenza della Corte costituzionale n. 170 dell'8 giugno 1984, dove partendo dal presupposto che le norme dell'ordinamento comunitario hanno prevalenza su quelle degli ordinamenti nazionali, la Corte Costituzionale ha inoltre affermato che le prime vanno sempre applicate, con disapplicazione delle seconde, se confliggenti, tanto se queste sono previgenti che successive.

²⁸³ La legge 4 febbraio 2005, n. 11 contiene «*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*» la cui finalità

Muovendo da tali premesse la Commissione europea ha avviato nei confronti dello Stato italiano alcune procedure d'infrazione sul presupposto che alcune ordinanze di protezione civile ex art. 5, comma 2, della legge n. 225 del 1992 si ponessero in contrasto con le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture.

Ad avviso della Commissione, la violazione della normativa comunitaria sarebbe derivata da due specifiche circostanze. In primo luogo, infatti, le ordinanze di protezione civile non sarebbero state supportate in molti casi da situazioni di estrema urgenza, in grado di giustificare il ricorso a procedure in deroga alla normativa comunitaria; in secondo luogo, in alcune delle situazioni emergenziali o di grande evento dichiarate dal Governo non sembrava rinvenirsi il presupposto dell'imprevedibilità, la sussistenza del quale sarebbe da considerarsi requisito indefettibile ai fini del legittimo ricorso a procedure di gara difformi da quelle previste dalla normativa comunitaria.

Al fine di chiudere la procedura di infrazione, il Governo ha adottato la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004²⁸⁴, nella quale si stabilivano gli indirizzi in materia di protezione civile in relazione all'attività contrattuale riguardante gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario²⁸⁵.

è di disciplinare il processo di formazione della posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti comunitari e dell'Unione europea e garantisce l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, sulla base dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità, di efficienza, di trasparenza e di partecipazione democratica. Obblighi che conseguono: a) all'emanazione di ogni atto comunitario e dell'Unione europea che vincoli la Repubblica italiana ad adottare provvedimenti di attuazione; b) all'accertamento giurisdizionale, con sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, della incompatibilità di norme legislative e regolamentari dell'ordinamento giuridico nazionale con le disposizioni dell'ordinamento comunitario; c) all'emanazione di decisioni-quadro e di decisioni adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

²⁸⁴ «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», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 298 del 21 dicembre 2004.

²⁸⁵ La direttiva è stata emanata in applicazione dell'art. 5, comma 2, lettera e), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, che prevede che possono essere adottate direttive necessarie per assicurare l'imparzialità e il buon andamento degli Uffici pubblici promuovendone le necessarie verifiche, e dell'art. 2 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, che mantiene, tra l'altro, in capo allo Stato la funzione di assicurare l'esecuzione a livello nazionale degli obblighi derivanti dal trattato sull'Unione europea.

Obiettivo espresso dal Governo è stato quello di formalizzare «*cogenti disposizioni volte ad assicurare che le future situazioni d'emergenza o di “grande evento” che dovessero essere dichiarate siano affrontate alla stregua di una normativa d'emergenza il più possibile coerente con i principi dell'ordinamento comunitario e anche al fine di limitare gli ambiti derogatori della normativa di rilievo comunitario*».

Nel documento citato il Governo individua la necessità di disporre affinché le iniziative di carattere negoziale, straordinarie ed urgenti, da porre in essere per il superamento dei contesti emergenziali per i quali era intervenuta la dichiarazione dello stato di emergenza o di grande evento fossero condotte in armonia con la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, utilizzando, ove necessario, le procedure acceleratorie ivi previste, nella ricorrenza delle condizioni di urgenza stabilite per legge²⁸⁶.

Merita particolare considerazione l'articolo 1 del DPCM 22 ottobre 2004, il quale prevede, al primo comma, che la durata degli stati di emergenza o di grande evento è definita in stretta correlazione con i tempi necessari per la realizzazione dei primi indispensabili interventi, e senza che la concessione di eventuali proroghe possa essere giustificata da situazioni di inerzia o da ritardi, comunque determinatisi, nella realizzazione degli adempimenti necessari.

Di seguito, al comma 2 si statuisce che le ordinanze di protezione civile adottate ai sensi dell'art. 5 comma 2 della legge n. 225 «*non devono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie*». Per rinforzare tale aspetto, si prevede, inoltre, che alla ricorrenza di situazioni di urgenza e di necessità aventi carattere di assoluta imperiosità, le ordinanze di protezione civile hanno la possibilità di prevedere la deroga alle disposizioni della legge nazionale nella materia degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario nel rispetto, comunque,

²⁸⁶ Si tiene conto, inoltre, delle situazioni d'emergenza o di grande evento già dichiarati al fine di porre in essere un'azione correttiva rispetto alle attività comunque da intraprendere per il superamento degli stessi contesti emergenziali (art. 2: «*Le ordinanze di protezione civile previste dal l'art. 5, comma 2, della legge n. 225/1992, laddove ineriscano a situazioni di emergenza ed a «grandi eventi» ancora in atto, sono modificate nel senso di assicurare il rigoroso rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori di servizi e di forniture, sulla base di apposita ordinanza di protezione civile che deve essere emessa entro dieci giorni dalla data di adozione della presente direttiva*».)

delle norme contenute nelle pertinenti direttive comunitarie²⁸⁷. Infine, viene precisato, all'art. 5, che i commissari delegati possono provvedere alle aggiudicazioni necessarie per il superamento delle situazioni d'emergenza, sulla base di ordinanze di protezione civile recanti la definizione puntuale della tipologia degli interventi e delle iniziative da adottarsi in deroga all'ordinamento giuridico vigente, nonché la specificazione di termini temporali e modalità di realizzazione.

Al DPCM 22 ottobre 2004, si associano numerosi provvedimenti, richiamati nei paragrafi precedenti, sia dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture che della Magistratura civile, contabile e amministrativa, che hanno cercato di definire precisi limiti per il sistema emergenziale.

Più precisamente, con tali interventi, in primo luogo, sono stati definiti i presupposti per l'adozione delle ordinanze in esame, individuati nell'urgenza, intesa come indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici; nella contingibilità, intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità e nella temporaneità, in quanto gli effetti del provvedimento devono essere limitati nel tempo, in stretta correlazione con la persistenza dello stato di necessità²⁸⁸. In secondo luogo, sono stati indicati i limiti di queste ordinanze individuati, oltre che nei principi generali dell'ordinamento, nella ragionevolezza e proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante²⁸⁹, nell'obbligo di motivazione²⁹⁰ ed eventuale pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non sia a contenuto individuale.

²⁸⁷ Art. 3, DPCM 22/10/2004. In via eccezionale, soltanto «nell'ipotesi di assoluta eccezionalità dell'emergenza, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita umana, il Capo del Dipartimento della protezione civile può essere motivatamente autorizzato a procedere ad affidamenti diretti in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario, sempreché non sia possibile provvedere altrimenti, in termini di rigorosa proporzionalità, e soltanto per periodi di tempo prestabiliti, limitati alla adozione dei primi indispensabili interventi» (art. 4).

²⁸⁸ Vedi Corte Costituzionale, sentenze n. 201/1987 e n. 127/95; Cons. Stato sentenza n. 197 del 3 febbraio 1998; Determinazione AVCP n. 20 del 30 luglio 2002.

²⁸⁹ In questi termini Corte Costituzionale, sentenza n. 127/1995; Cassazione Civile, Sez. Unite, sentenza n. 4813/2006; Consiglio di Stato, sentenza n. 1270/2006.

²⁹⁰ Cons. Stato, sentenza n. 197 del 3 febbraio 1998; Determinazione AVCP n. 21 del 5 aprile 2000; Corte Cost., sentenza n. 82 del 3 marzo 2006; Corte Cass. Civ. SS.UU., sentenza n. 4813 del 7 marzo 2006.

Pur in presenza di queste indicazioni, è perdurata negli anni successivi la presenza di ingenti stanziamenti per le opere emergenziali, abbinati al permanere di deroghe sistematiche a numerose disposizioni del Codice dei contratti Pubblici.

È opportuno considerare che l'intero Codice è fondato sul rispetto dei principi essenziali di matrice comunitaria stabiliti dall'articolo 2²⁹¹ (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità) e quindi ogni deroga può essere considerata come un deterioramento dell'assetto concorrenziale del mercato europeo che la struttura normativa tende a preservare.

Conseguentemente, la prassi derogatoria alla quale si è accennato si pone in contrasto con le indicazioni in merito al potere di deroga alla normativa primaria conferito ad autorità amministrative dotate di poteri di ordinanza, in base alle quali la facoltà di deroga ha natura straordinaria ed è strumentale alla soluzione della situazione di pericolo, indi per cui non può compiersi nei confronti di prescrizioni di diretta attuazione di principi comunitari, né nei confronti delle disposizioni riguardanti il controllo e la vigilanza sui contratti pubblici, essendo in difetto del nesso di congruità e proporzione tra la qualità e la natura dell'evento calamitoso che richiede un'azione immediata e le misure concretamente adottate per fronteggiarlo²⁹².

²⁹¹ Rubricato «Principi»:

«1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice».

²⁹² Le indicazioni provengono da fonti normative ad amministrative nazionali, sempre ispirate dalle chiare indicazioni provenienti dalla Commissione Europea. L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture è intervenuta in più riprese già dall'inizio del millennio, con la Determinazione n. 21 del 5 aprile 2000 («Incarichi affidati a dipendenti pubblici da parte di Commissari straordinari per la protezione civile implicanti compensi aggiuntivi» Art. 18 legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni). Sono seguite le determinazioni n. 20 del 30 luglio 2002 («Procedure in deroga all'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. in forza di ordinanze contingibili ed urgenti in materia di protezione civile»), la n. 1 del 14 gennaio 2004 («Ordinanze sindacali contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica») e la n. 4 del 21 aprile 2004 («Appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali ed ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi»), 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

Tale nesso di congruità – richiamato già dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 127 del 14 aprile 1995 – 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*»²⁹³.

Tra le disposizioni del Codice dei contratti pubblici più di frequente derogate si rinvencono quelle relative agli strumenti ordinari di controllo, alla figura del responsabile del procedimento, alle fasi delle procedure di affidamento, 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 ed ai subappalti.

Ogniquale volta la deroga alle disposizioni ha interessato gli articoli 6²⁹⁴ e 7²⁹⁵ del Codice dei contratti pubblici, che disciplinano, rispettivamente, il ruolo e le funzioni dell'AVCP e gli obblighi in materia di pubblicità degli affidamenti e trasmissione di dati all'Osservatorio dei contratti pubblici, si è verificata una forte compressione dei poteri di controllo dell'Autorità di Vigilanza. La disciplina derogatoria, infatti, dovrebbe avere come scopo esclusivo la garanzia della semplificazione e dell'alleggerimento delle procedure e non altresì nuocere ad una potenziale verifica concernente

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». Posizione ribadita in occasione delle Relazioni Annuali al Parlamento del 2007, del 2009 e del 2010 e nella citata Segnalazione al Governo ed al Parlamento dell'aprile 2008.

Per quanto di interesse per la fattispecie di cui trattasi, inoltre, la richiamata Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 ha specificato che le ordinanze di protezione civile ex art. 5, comma 2 della Legge 225/92 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.

²⁹³ Segnalazione AVCP al Governo ed al Parlamento 2 aprile 2008 – «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», pag. 4.

²⁹⁴ Rubricato «Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture».

²⁹⁵ Rubricato «Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

l'ottemperanza a regole cardine 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, ovverosia taluni ambiti di intervento propri dell'azione di vigilanza dell'Autorità²⁹⁶.

A maggior ragione, il parere espresso dall'Autorità di vigilanza – non vincolante – non può costituire un onere pendente sulla procedura di scelta del contraente ed in genere del procedimento per addivenire alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera per via del suo carattere non obbligatorio.

In considerazione di quanto riportato, 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 derogati²⁹⁷.

Nonostante i vincoli posti, si può facilmente riscontrare la deroga agli articoli 6 e 7 del d.lgs. 163/2006 in numerose ordinanze emergenziali, alcune delle quali anche piuttosto recenti. Il riferimento è, in particolare, all'ordinanza del Capo del Dipartimento per la Protezione Civile²⁹⁸ n. 134 del 26 novembre 2013²⁹⁹, emanata al fine di intervenire all'indomani delle forti piogge che interessarono la regione Toscana nell'ottobre del 2013. Analizzando le altre ordinanze contenenti le deroghe agli articoli 6 e 7 del Codice dei contratti pubblici, si può da ultimo osservare come gli ambiti di

²⁹⁶ Si pensi alla verifica, tra l'altro, dell'importo degli appalti, della durata degli stessi in vigenza dello stato di emergenza o del limite stabilito dal concretizzarsi dell'evento, del dovuto possesso delle prescritte qualificazioni e/o requisiti e delle varianti intervenute.

²⁹⁷ Segnalazione AVCP al Governo ed al Parlamento 2 aprile 2008, *Conclusione*. In giurisprudenza Vedi Consiglio di Stato, Sezione VI - Sentenza 24/12/2009 n. 8720; Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 04/08/2009 n. 4906.

²⁹⁸ Con le modifiche apportate al comma 2, art. 5, della 24 febbraio 1992, n. 225 dal decreto legge 7 maggio 2012, n. 52 (Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica) le ordinanze sono emanate non più dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ma direttamente dal Capo del Dipartimento per la Protezione Civile, il quale, nell'ambito di un potere di ordinanza disciplinato con la delibera dello stato di emergenza emanata dal Consiglio dei Ministri, anche su richiesta del Presidente della regione o delle regioni territorialmente interessate e acquisita la loro intesa, tendenzialmente si avvale delle componenti e delle strutture operative del medesimo Servizio.

²⁹⁹ Primi interventi urgenti di protezione civile per le eccezionali avversità atmosferiche di ottobre 2013 nella regione Toscana.

interventi non siano affatto omogenei. Si è intervenuto, infatti, per affrontare la situazione nell'area archeologica di Roma³⁰⁰; per porre rimedio agli eventi sismici che hanno colpito L'Aquila ed altri Comuni dell'Abruzzo nell'aprile 2009³⁰¹; per l'emergenza legata all'incidente ferroviario nella stazione di Viareggio nello stesso anno³⁰²; per l'emergenza traffico e mobilità nelle Province di Treviso e Vicenza³⁰³; per fronteggiare la situazione di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale³⁰⁴ e per la chiusura della discarica di Malagrotta a Roma³⁰⁵.

Per quanto concerne il responsabile del procedimento, la norma di riferimento è l'articolo 10 del Codice degli appalti pubblici, in base al quale per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241³⁰⁶, un responsabile del procedimento – unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione – specificando, inoltre, che egli svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti.

Per le procedure di affidamento e di realizzazione degli appalti pubblici, quindi, vi sarebbe una deroga all'ordine legale delle competenze, nel senso che tutti i poteri decisionali spettanti alla stazione appaltante non espressamente conferiti ad altri soggetti sarebbero esercitati dal responsabile del procedimento, a prescindere dal fatto che egli sia o meno dirigente.

Il legislatore del Codice ha inserito nel settore degli appalti pubblici – in particolare nel procedimento ad evidenza pubblica – una figura disciplinata nell'ambito della materia generale del procedimento amministrativo, sulla base del principio di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione.

Il ruolo del responsabile del procedimento appare quindi nevralgico per la corretta gestione dell'intero appalto, come risulta anche dalle mansioni assegnate dal

³⁰⁰ OPCM 3747 del 12/3/2009.

³⁰¹ OPCM 3753 del 6/4/2009.

³⁰² OPCM 3800 del 6/8/2009.

³⁰³ OPCM 3802 del 15/8/2009.

³⁰⁴ OPCM 3861 del 19/3/2010.

³⁰⁵ OPCM 3963 del 6/9/2011.

³⁰⁶ Disciplinato dagli artt. 4 e seg.

comma 3 del citato art. 10³⁰⁷. L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha specificato che il ruolo del responsabile del procedimento all'interno dell'*iter* realizzativo dell'opera pubblica è quello di *project manager*, quindi di fornire impulso al processo, e che la capacità richiesta è soprattutto organizzativa e propositiva³⁰⁸.

La stessa AVCP ne ha ulteriormente chiarito ed allargato i compiti. Il responsabile del procedimento, infatti, deve coordinare la tempistica dell'appalto³⁰⁹, ottenere «*tutte le approvazioni ed autorizzazioni di legge necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità del progetto*»³¹⁰ ed occuparsi della validazione del progetto prima della sua approvazione.

Più esattamente, la validazione avviene mediante il riscontro della conformità alla normativa vigente e in particolare della «*completezza, adeguatezza e chiarezza degli elaborati progettuali*»; pertanto, ove il progetto risulti, poi, non esecutivo e non

³⁰⁷ Il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice:

- a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
- c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;
- g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

³⁰⁸ Determinazione AVCP n. 10 del 23 febbraio 2001.

³⁰⁹ Deliberazione AVCP n. 10 del 26 gennaio 2011 – fascicolo n. 460/2010: «*il Responsabile del procedimento e la Direzione lavori devono vigilare con attenzione sul rispetto del crono-programma progettuale e mettere in atto tutte le misure in loro potere per consentire la realizzazione dell'opera nei tempi prefissati*».

³¹⁰ Deliberazione AVCP n. 16 del 9 febbraio 2011. La pubblicazione del bando di gara senza avere ottenuto tutti i pareri necessari per l'esecuzione dei lavori contrasta con l'art. 47 del DPR 554/99, che prescrive che il RUP deve ottenere tutte le approvazioni ed autorizzazioni di legge necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità del progetto. Tale disposizione normativa tende proprio a evitare che dopo l'aggiudicazione dei lavori possano manifestarsi cause che comportino la necessità di redigere una perizia di variante.

eseguibile, sorge la responsabilità a carico dell'amministrazione³¹¹. Lo stesso responsabile del procedimento, infine, è tenuto a verificare la natura del contratto posto in essere tra subappaltatore e sub affidatario³¹².

Anche in questo caso, le deroghe all'art. 10 del Codice dei contratti pubblici si presentano in numerose ordinanze di necessità ed urgenza³¹³, violando soprattutto i principi di trasparenza e di buon andamento della p.a. che tale articolo ha il compito di preservare.

In questo senso, di particolare interesse risulta la Deliberazione AVCP n. 62 del 22 giugno 2011, secondo la quale qualora vi siano ragioni di urgenza, subito dopo l'aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento può autorizzare il direttore dei lavori alla consegna dei lavori, ma *«deve trattarsi di un'urgenza qualificata e non generica tale da potersi ritenere che il rinvio dell'intervento per il tempo necessario all'approvazione del contratto comprometterebbe, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento stesso»*.

La deliberazione in oggetto testimonia il tentativo, da parte degli organi di competenza, di formalizzare procedure adeguate alla gestione di situazioni di contingenza, riferendosi comunque ad una urgenza "qualificata e non generica" in grado di giustificare il mancato rispetto delle procedure ad evidenza pubblica. A dispetto dell'intervento dell'AVCP, però, come già anticipato, la norma in analisi ha continuato a subire svariate deroghe.

Rimanendo nel campo delle disposizioni comuni del Codice, si deve evidenziare la costante deroga all'articolo 11, relativo alle fasi delle procedure di affidamento. L'articolo è particolarmente importante in quanto definisce in termini generali i

³¹¹ Vedi LODI ARBITRALI Roma - Lodo 16/01/2007 n. 4/07 e Lodo 28/06/2011 n. 69/2011. Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di procedere all'affidamento dei lavori sulla base di progetti esecutivi redatti e validati in conformità alla normativa vigente. In sede di validazione del progetto esecutivo il responsabile del procedimento ha l'obbligo di verificare in contraddittorio con le parti che tale progetto sia conforme alla disciplina vigente. In materia di appalti di opere pubbliche vige infatti il principio generale della indifferibilità e completezza del progetto sulla base del quale tali opere devono essere realizzate.

³¹² Deliberazione AVCP n. 43 dell'8 luglio 2010.

³¹³ Vedi OPCM 3632 del 23/11/2007 - *Disposizioni per lo svolgimento del grande evento relativo al 150° Anniversario dell'Unità d'Italia*; OPCM 3747 del 12/3/2009, cit.; OPCM 3800 del 6/8/2009, cit.; OPCM 3861 del 19/3/2010, cit e OCDPC 134 del 26/11/2013 - *Primi interventi urgenti di protezione civile per le eccezionali avversità atmosferiche di ottobre 2013 nella regione Toscana*.

momenti chiave dell'evidenza pubblica, richiamando le norme specifiche di seguito contenute.

L'articolo 11 è un presidio dei principi di eguaglianza e, soprattutto, del principio di autonomia contrattuale della pubblica amministrazione. Quest'ultima, infatti, al fine di garantire l'uniformità di trattamento della disciplina degli appalti pubblici nell'intero territorio nazionale, si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce nell'esercizio non di poteri amministrativi, bensì della propria autonomia negoziale³¹⁴.

Al principio di eguaglianza fa da corollario il principio della *par condicio*. Il Consiglio di Stato³¹⁵, valutando l'ipotesi della ratifica di un contratto concluso da un rappresentante senza averne i poteri (art. 1399 c.c.), ha specificato che la norma in questione è volta a regolare i soli rapporti tra privati, mentre nei contratti ad evidenza pubblica operano norme dirette alla tutela di un interesse pubblico generale e del principio della *par condicio*, senza possibilità di esenzione dalla loro osservanza. Necessariamente, sempre secondo il Consiglio di Stato, le stesse norme devono essere considerate imperative, per cui la loro violazione non può essere suscettibile di sanatoria attraverso una successiva produzione documentale o la valutazione del comportamento successivamente tenuto, salvo che una specifica norma pubblicistica non lo preveda.

In più, il dettato dell'articolo 11 contribuisce alla tutela del principio cardine della concorrenza, limitandone l'introduzione di elementi distorsivi³¹⁶, mentre al comma 9 si esprime il principio di autotutela della pubblica amministrazione: non è infatti precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti

³¹⁴ In giurisprudenza, Sentenza Corte costituzionale n. 43 dell'11 febbraio 2011; TAR Piemonte, Sezione I - Sentenza n. 114 del 27 gennaio 2011.

³¹⁵ Sentenza n. 6292 del 17 dicembre 2008.

³¹⁶ Il giudice amministrativo ha più volte esplicitato il divieto di qualsiasi negoziazione in una fase successiva all'aggiudicazione provvisoria (TAR Lecce, sezione II, sentenza n. 2687 del 16 novembre 2009 e più risalente, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 6004 del 4 novembre 2002), senza alcuna possibilità di fare riferimento all'autonomia privata ex artt. 1321 e 1322 c.c. e alle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c.: secondo il TAR Lecce, infatti, «se la "ratio" del divieto di "rinegoziazione" (intesa "lato sensu") è la tutela della "par condicio", appare evidente che la compromissione di tale principio fondamentale avviene indipendentemente dal soggetto che ha assunto l'iniziativa della c.d. "rinegoziazione": in ogni caso, infatti, si viene a realizzare un'inammissibile (parziale) trasformazione di una procedura di evidenza pubblica in una procedura negoziata».

inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione³¹⁷.

Come già affermato, anche l'articolo 11 del d.lgs. 163/06 viene spesso inserito nelle deroghe delle ordinanze emergenziali e tale prassi si può verificare anche nell'attualissimo DPCM 22 gennaio 2014³¹⁸.

L'articolo 13 del Codice, infine, risulta altresì spesso derogato tra le disposizioni comuni del Titolo I³¹⁹. L'articolo – rubricato «Accesso agli atti e divieti di divulgazione» – delinea una complessa operazione di bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla trasparenza ed alla riservatezza: l'impresa che ha partecipato ad una gara di appalto può richiedere l'accesso alla documentazione della gara stessa dopo il suo espletamento in virtù del diritto di chi ha partecipato alla gara di conoscere le modalità di svolgimento della procedura e le determinazioni adottate in proposito dalla pubblica amministrazione³²⁰. Intervengono, quindi, da una parte il principio della segretezza delle offerte e, dall'altra parte, i principi di pubblicità e di non discriminazione tra le imprese concorrenti³²¹.

Il giudice amministrativo è più volte intervenuto per definire tale bilanciamento, chiarendo che l'impresa partecipante ad una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico può accedere nella forma più ampia agli atti del procedimento di gara, compresa l'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria, senza che possano

³¹⁷ Il principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, è direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica (TAR Roma, Sezione II ter - sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008). L'esercizio di tale potere deve scontare un'istruttoria ed una motivazione conformi a canoni di coerenza, logicità e congruità nonché immuni da travisamento dei fatti (TAR Latina, sez. I, 17 maggio 2007, n. 375). Più di recente, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 780 del 3 febbraio 2011, sul potere di autotutela si esprime nei seguenti termini: «*l'ordinamento da un lato apprezza con favore il ritorno alla legalità, prevedendo i poteri di autotutela dell'Amministrazione, dall'altro non prende in favorevole considerazione – sotto il profilo di possibili pretese risarcitorie - la posizione di coloro che, coinvolti nella trattativa privata o nella gara finalizzate alla stipula del contratto che si rilevi contra legem, abbiano consapevolmente o colposamente aderito alla iniziativa illegittima dell'Amministrazione*».

³¹⁸ *Misure urgenti in materia di riqualificazione e messa in sicurezza delle istituzioni scolastiche di cui all'articolo 18, commi 8 e 8-ter del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. Commissari governativi.*

³¹⁹ Ad esempio: OPCM 3747 del 12/3/2009, OPCM 3800 del 6/8/2009, OPCM 3861 del 19/3/2010 e OCDPC 134 del 26/11/2013.

³²⁰ In giurisprudenza, vedi TAR Palermo, I sezione – sentenza n. 1576 del 5 luglio 2006.

³²¹ Consiglio di Stato, IV sezione – sentenza n. 7616 del 30 dicembre 2005; TAR Toscana, II sezione – sentenza n. 719 del 27 aprile 2007.

essere opposti motivi di riservatezza, sia perché una volta conclusasi la procedura concorsuale i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla p.a. esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa essendo immessa in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza³²².

Nell'ambito dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice (Titolo II, d. lgs. n. 163/2006), si segnalano inoltre le deroghe agli articoli 17 («*Contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza*») e 18 («*Contratti aggiudicati in base a norme internazionali*»).

Proseguendo la disamina delle deroghe al Codice degli appalti pubblici, di particolare importanza si presenta la deroga all'articolo 34³²³. La norma è ispirata dall'esigenza di tutelare la corretta esplicazione del confronto concorrenziale, nel rispetto dei principi di segretezza, serietà ed indipendenza delle offerte³²⁴. In più, il monitoraggio sui soggetti ammessi alla partecipazione alla gara permette, in primo luogo, di verificare la compatibilità di eventuali agevolazioni connesse a tali soggetti con i principi posti a tutela della concorrenza ed in tema di aiuti di Stato³²⁵ e, in secondo luogo, di valutare se vi siano imprese in situazioni di collegamento sostanziale tale da violare i principi generali in materia di pubbliche gare.

In quest'ultima evenienza è prioritaria l'esigenza di assicurare l'effettività e l'efficace tutela della regolarità della gara ed in particolare la *par condicio* fra tutti i concorrenti, la completezza, autenticità e indipendenza delle offerte formulate, in modo da evitare che attraverso meccanismi di influenza societari possa essere manipolata la scelta dell'offerta più opportuna. Peraltro, i principi della *par condicio* e della segretezza delle offerte che assicurano il gioco della libera concorrenza e del libero confronto postulano necessariamente che fra i concorrenti ad una gara non venga in

³²² Ex multis, Consiglio di Stato, VI sezione – sentenza n. 3418 del 7 giugno 2006; TAR Lazio, III sezione – sentenza n. 2212 del 4 aprile 2006; TAR Campania, V sezione – sentenza n. 3032 del 27 marzo 2003.

³²³ Rubricato «*Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*», rientrante nel Titolo I, Capo II - «*Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*».

³²⁴ TAR Lombardia, II sezione – sentenza n. 2931/2006.

³²⁵ Così, ex multis Corte di Giustizia, causa C-222/04 del 10 gennaio 2006.

rilievo una relazione idonea a consentire un flusso di informazioni in merito alla fissazione dell'offerta³²⁶.

In tema di qualificazione necessaria per eseguire i lavori, il combinato degli articoli 40, 41 e 42 è funzionale a garantire qualità, professionalità e correttezza dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici.

In particolare, l'art. 40 disciplina il sistema di qualificazione e la relativa attività di attestazione³²⁷, esercitata nel rispetto dei principi di indipendenza di giudizio, di proporzionalità e del contraddittorio. In una sentenza del TAR Bari³²⁸ il giudice amministrativo ha ulteriormente precisato che in materia di accertamento dei requisiti per il conseguimento degli appalti, vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità. Detto principio risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire lavori pubblici.

Per quanto concerne gli articoli 41 e 42, essi hanno l'obiettivo di garantire livelli sufficienti, rispettivamente, di capacità finanziaria e di abilità tecniche e professionali dei fornitori e dei prestatori di servizi³²⁹, nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza e del *favor participationis* (c.d. principio della massima partecipazione alle gare di appalto)³³⁰.

³²⁶ Il Consiglio di Stato è intervenuto sul tema già nel 2001, con la sentenza n. 6424 del 18 dicembre e, più recentemente, nel 2006 con la sentenza n. 2612 dell'11 maggio.

³²⁷ Effettuata dalle SOA – Società Organismi di Attestazione, ovvero organismi di diritto privato che accertano l'esistenza nei soggetti esecutori di lavori pubblici degli elementi di qualificazione.

³²⁸ Sentenza n. 1334 del 14 aprile 2010.

³²⁹ L'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando va valutata con riguardo non al mero importo dell'appalto, ma all'oggetto in concreto ed alle sue specifiche peculiarità (cfr *ex multis* Consiglio di Stato, V sezione – sentenza n. 206 del 23 gennaio 2006 e Id. sentenza n. 2294 del 30 aprile 2002).

³³⁰ Numerosi interventi giurisprudenziali hanno definitivamente chiarito che la stazione appaltante è dotata del potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione e di qualificazione ad una singola gara più gravosi di quelli previsti dalla legge – in relazione alle peculiari caratteristiche oggettive ed all'importanza del servizio da affidare – purché tali ulteriori prescrizioni siano rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo da non limitare indebitamente l'accesso alla procedura delle imprese interessate. Detto potere, che costituisce precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, può tradursi anche nella richiesta di dimostrazione del possesso di

Un recente intervento del TAR di Roma³³¹ ha, inoltre, sancito che *«la capacità economico-finanziaria costituisce requisito indispensabile di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi e non può ragionevolmente ammettersi che le ditte partecipanti ne siano prive, poiché ciò contrasterebbe con i principi costituzionali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, rendendo l'Amministrazione appaltante arbitra dell'aggiudicazione senza alcuna possibilità di controllo da parte degli stessi partecipanti e mettendo a rischio l'esecuzione dell'appalto per l'eventuale inidoneità della ditta aggiudicatrice»*.

Nonostante l'importanza della qualificazione essenziale per l'esecuzione di appalti pubblici, in molti casi ordinanze emergenziali contengono deroghe agli articoli 40, 41 e 42 complessivamente considerati.

Lo stesso accade per il controllo sul possesso dei requisiti e per l'istituto dell'avvalimento. Il primo, disciplinato dall'art. 48 del d.lgs. 163/06, intende presidiare il principio costituzionale di buon andamento ed il principio di eguaglianza, mentre il secondo³³² è teso al rispetto del principio della massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche³³³.

Ugualmente richiamata tra le deroghe al Codice dei contratti pubblici vi è di frequente la Sezione I – *Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente* – del Capo III, Titolo I – *Contratti di rilevanza comunitaria*. Dalla sezione richiamata, tra gli articoli maggiormente sottoposti a deroga si osservano in numero 53, il quale regola tipologia e oggetto dei contratti ed i numeri 55, 56 e 57 che espongono le tipologie di

adeguata capacità economico-finanziaria, correlata allo specifico importo dell'appalto ed alla sua durata, ed è ampiamente discrezionale, sicché il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alle ipotesi di manifesta irragionevolezza ed illogicità (cfr. Cons. Stato, IV sezione – sentenza n. 6972; Id., V sezione – sentenza n. 9305 del 31 dicembre 2003; TAR Bari, I sezione – sentenza n. 589 del 9 giugno 2011 e TAR Napoli, I sezione – sentenza n. 471 del 26 gennaio 2011).

Ulteriori interventi riguardano il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta, onde evitare che l'espletamento della pubblica gara risulti alterato dalla conoscenza, *ex ante*, da parte della stazione appaltante del peso economico-finanziario delle società partecipanti, con frustrazione tanto del principio di trasparenza e di tutela della par condicio dei concorrenti, quanto del principio di massimizzazione del risultato utile conseguibile dalla pubblica amministrazione (Consiglio di Stato, V sezione – sentenza n. 912 del 4 marzo 2008; Id. sentenza n. 1194 dell'8 marzo 2006; Id. sentenza n. 1993 del 16 aprile 2003; TAR Latina, I sezione I – sentenza n. 775 del 24 giugno 2008 n. 775).

³³¹ TAR Roma, sezione II quater – sentenza n. 2505 del 17 gennaio 2011.

³³² Art. 49 del Codice degli appalti pubblici. In giurisprudenza TAR Roma, II sezione - sentenza n. 7071 del 17 luglio 2009 e TAR Toscana, I sezione - sentenza n. 936 del 26 maggio 2011.

³³³ Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 29/12/2010 n. 9576.

procedura di scelta del contraente ammesse dal Codice. Come già descritto nel capitolo precedente, tali procedure si distinguono in aperte, ristrette e negoziate. Di particolare rilevanza è la deroga all'art. 57, disciplinante la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Quest'ultima si sostanzia in una vera e propria trattativa privata e rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità³³⁴ che domina la materia degli appalti pubblici.

Si richiama alla considerazione del lettore che quella dell'art. 57 è già di per sé procedura eccezionale, giustificata solamente al ricorrere di un'estrema urgenza, risultante da fatti improvvisi per le stazioni appaltanti, non compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette e negoziate previa pubblicazione di un bando di gara³³⁵.

Per avvalersi della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, infatti, la p.a. deve accertare con il massimo rigore la sussistenza di determinati presupposti³³⁶ e, soprattutto, che siano fatti salvi i canoni generali di ragionevolezza e di perseguimento dell'interesse pubblico³³⁷.

Sebbene la procedura in questione sia di natura eccezionale l'amministrazione è comunque tenuta a rispettare i principi comunitari e nazionali di trasparenza, concorrenza e par condicio³³⁸.

Alla luce delle caratteristiche sopra esposte, la deroga all'art. 57 del Codice³³⁹ mostrano la volontà del governo, in situazioni di emergenza, di non avvalersi quasi *in toto* delle procedure ordinarie espresse nel codice, neanche di quelle predisposte ad

³³⁴ Inficiando, quindi, direttamente il principio di libera concorrenza (TAR Liguria, II sezione - sentenza n. 191 del 2 febbraio 2011).

³³⁵ Consiglio di Stato, V sezione - sentenza n. 8006 del 10 novembre 2010 e TAR Catania, II sezione - sentenza n. 524 del 1 marzo 2011. Per quanto riguarda l'urgenza di provvedere, essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per la sua inerzia o responsabilità (Consiglio Stato, V sezione - sentenza n. 2882 dell'11 maggio 2009 e Id. sentenza n. 5996 del 27 ottobre 2005).

³³⁶ In giurisprudenza, Vedi Corte Conti, sentenza n. 3 del aprile 2007. Presupposti non suscettibili di interpretazione estensiva (TAR Catania, III sezione - sentenza n. 524 del 1 marzo 2011).

³³⁷ Consiglio di Stato, V Sezione - sentenza n. 2803 del 9 giugno 2008; TAR Bologna, I sezione - sentenza n. 1107 del 31 luglio 2009.

³³⁸ TAR Bologna, I sezione - sentenza n. 1107 cit.

³³⁹ Vedi, ad esempio, i già citati provvedimenti: OPCM 3747 del 12/3/2009; OPCM 3753 del 6/4/2009; OPCM 3800 del 6/8/2009; OPCM 3802 del 15/8/2009; OPCM 3861 del 19/3/2010; OPCM 3963 del 6/9/2011; OCDPC 134 del 26/11/2013.

intervenire nella misura più elastica possibile. Così facendo, però, si rischia di allontanarsi definitivamente dai principi cardine contenuti tanto dalle norme di emanazione comunitaria, quanto dalle leggi nazionali.

Nell'insieme di deroghe oggetto dell'analisi fin qui operata vanno addizionate quelle relative alle modalità di pubblicazione dei bandi e relativi termini³⁴⁰.

Le norme citate hanno lo scopo di salvaguardare, a livello generale, i principi di trasparenza, libera concorrenza e *par condicio*, di adeguata pubblicità, di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa³⁴¹. Si segnalano, oltre a ciò, l'articolo 65 – *Avviso sui risultati della procedura di affidamento* – atto a realizzare il principio di simmetria tra avviso di gara e avviso di post informazione³⁴² e l'articolo 68 – *Specifiche tecniche* – il quale sancisce al comma 4 il principio di equivalenza, in virtù del quale non può essere escluso dalla gara l'operatore economico che offra un prodotto che, seppur corrispondente ai requisiti di natura tecnica indicati dalla *lex specialis*, garantisce comunque la medesima prestazione ed il medesimo risultato prodotto dalla stazione appaltante³⁴³.

³⁴⁰ D. lgs. n. 163/2006, Sezione II – *Bandi, avvisi, inviti* – artt. 63 – 69.

³⁴¹ Determinazione AVCP n. 3 del 17 gennaio 2007: «*Il principio costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa trova applicazione nella tutela dell'affidamento incolpevole dei concorrenti ad una gara di appalto che in buona fede hanno tenuto un determinato comportamento basandosi su informazioni, documentazioni o pubblicazioni esibite dall'amministrazione anche tramite pubblicazione informatica. Pertanto, ove a causa di un errore imputabile alla stazione appaltante in ordine ad errate indicazioni sul sito istituzionale, un concorrente abbia presentato la domanda di partecipazione ad una gara fuori tempo utile, detto errore non può avere effetti sul concorrente in buona fede e dunque l'offerta deve essere ammessa alla procedura selettiva*».

³⁴² Per gli appalti "sopra soglia" comunitaria l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento segue il medesimo iter di pubblicazione del relativo bando di gara.

³⁴³ Sul tema copiosi sono gli interventi sia giurisprudenziali sia di prassi: Parere di Precontenzioso AVCP n. 100 del 5 giugno 2013; Parere di Precontenzioso AVCP n. 111 del 27 giugno 2012 («In sede di presentazione della domanda di partecipazione ad una gara d'appalto pubblico, opera il c.d. principio di equivalenza, avente la funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale»); TAR Valle d'Aosta - sentenza n. 59 del 14 settembre 2011 («Il principio dell'"equivalenza" si ricava dalla lettera dell'art. 68 del codice degli appalti, ove è prescritto che i documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari devono dettagliatamente indicare le specifiche tecniche richieste, senza però individuare una specifica fabbricazione o provenienza, al fine di evitare la ingiustificata restrizione della rosa dei partecipanti alla gara, con nocumento all'interesse pubblico sotteso alla più ampia partecipazione alla stessa. È previsto anche, al comma 13 che, ove sia necessario al fine della capillare descrizione di un macchinario ricorrere all'indicazione di un tipo specifico di prodotto occorre che tale indicazione sia accompagnata dall'espressione "o equivalente". La ratio delle disposizioni richiamate contenute nell'art. 68 è chiara. Nel rispetto del principio della più ampia partecipazione alle gare finalizzato alla ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente, si esclude espressamente, tranne ove sia giustificato dal particolare oggetto dell'appalto, la possibilità di indicare marchi o tipi specifici di produzione, a meno che il riferimento ad un prodotto non sia necessario al fine di descrivere

Un peso specifico notevole grava, infine, sull'art. 66 – *Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi*. La divulgazione delle informazioni inerenti le procedure da espletare rappresenta un momento cruciale dell'evidenza pubblica dovendo tradurre nella realtà procedurale assiomi tecnici quali il principio di parità di trattamento tra tutti i potenziali concorrenti³⁴⁴, il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, i principi di adeguata pubblicità³⁴⁵ e della tassatività delle cause di esclusione.

Nella maggior parte delle ordinanze emergenziali, insieme alla Sezione II (Bandi, avvisi, inviti) appena circoscritta, viene derogata la terza Sezione dello stesso d. lgs. 163/06 – rubricata *Termini di presentazione delle richieste di invito e delle offerte e loro contenuto* – che comprende gli articoli da 70 a 77.

L'influenza di tale gruppo di articoli si misura dal considerevole novero di interventi, tanto del giudice amministrativo quanto dell'AVCP, rivolti alla protezione dei principi che ne governano la materia. L'intera Sezione, infatti, è informata ai più volte citati criteri di trasparenza³⁴⁶ e favor participationis³⁴⁷, *par condicio*³⁴⁸, buon

dettagliatamente le caratteristiche che il bene offerto deve possedere»). Di particolare interesse è la sentenza del Consiglio di Stato n. 04364 del 2 settembre 2013, dove il giudice amministrativo, al punto 37, si pronuncia nel seguente modo: «A questo Consiglio è noto quell'orientamento, seguito da alcuni giudici di primo grado (v., ex plurimis, T.A.R. Lombardia, Milano, 3.11.2011, n. 2633; T.A.R. Campania, Napoli, 11.1.2011, n. 116; T.A.R. Sicilia, Palermo, 15.3.2010, n. 2932), secondo il quale la clausola di equivalenza, in quanto avente pretesa natura di norma imperativa, dovrebbe trovare applicazione indipendentemente dall'espressa previsione della *lex specialis*, perché, anche se le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di *lex specialis*, le medesime devono essere integrate da quelle imperative ai sensi dell'art. 1339 c.c.».

³⁴⁴ L'autorità di vigilanza è intervenuta più volte sull'argomento: Deliberazione AVCP n. 94 del 7 novembre 2012; Id. n. 61 del 20 giugno 2012; Id. n. 11 dell'8 febbraio 2012 e Id. n. 16 del 24 gennaio 2007. Si segnala anche la Deliberazione AVCP n. 77 del 1 agosto 2012, dove si stabilisce che «L'art. 66 del D.lgs. n. 163/2006, contenente le indicazioni relative alle modalità di pubblicazione dei bandi, non può essere derogato dal Soggetto attuatore, salvo nei casi di espressa previsione nell'OPCM che regola le funzioni del Commissario delegato».

³⁴⁵ Deliberazione AVCP n. 92 del 7 novembre 2012 («La pubblicazione del bando di gara ha come finalità precipua quella di garantire ai soggetti interessati ed in possesso di idonei requisiti la partecipazione alle procedure di selezione poste in essere dall'amministrazione, realizzando, da un lato, l'interesse degli operatori stessi alla *par condicio* e, dall'altro, l'interesse pubblico alla massimizzazione delle domande presentate»); Id. n. 612/2012 cit.; Id. n. 16/2007 cit.

³⁴⁶ Deliberazione AVCP n. 92 del 7 novembre 2012 («Non è conforme ai principi di trasparenza e tutela della parità di trattamento la mancata riapertura dei termini per la ricezione delle offerte nei confronti di tutti i potenziali concorrenti (deliberazione AVCP n. 16 del 24/01/2007) da parte della stazione appaltante, qualora quest'ultima abbia apportato modifiche al bando di gara riguardanti elementi essenziali dello stesso, quali l'importo complessivo dell'importo a base d'asta ed i requisiti di partecipazione»); Deliberazione AVCP n. 31 dell'8 aprile 2009; Consiglio di Stato, V sezione - sentenza n. 3079 del 23 maggio 2011.

andamento³⁴⁹, ragionevolezza³⁵⁰ e proporzionalità, parità di trattamento³⁵¹ e imparzialità³⁵², formalità³⁵³, pubblicità³⁵⁴, affidamento e buona fede³⁵⁵.

L'articolo 73 – *Forma e contenuto delle domande di partecipazione* – integra, inoltre, principi di natura tecnica legati, *in primis*, alla cooperazione fra amministrazione

³⁴⁷ Sul principio della massima partecipazione l'AVCP era già intervenuta nel 2007 (Deliberazione AVCP n. 138 del 9 maggio 2007) dove specificava che «*in forza del principio del favor participationis e nell'interesse dell'amministrazione all'effettuazione di un confronto fra il maggior numero possibile di imprese, nel caso in cui nella documentazione contenuta nell'offerta di una impresa si rinvenissero dichiarazioni tra loro contrastanti, la stazione appaltante è tenuta a procedere a chiedere chiarimenti prima di effettuare l'esclusione*». La stessa autorità ha ribadito, con il Parere di Precontenzioso AVCP n. 81 del 22 maggio 2013, che «*in applicazione del principio del favor participationis, non si può procedere all'esclusione di un'impresa (nella specie, per mancata indicazione oneri per la sicurezza da rischio specifico aziendale), nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante*». In giurisprudenza Consiglio di Stato, V sezione - ordinanza n. 5692 del 18 novembre 2009.

³⁴⁸ Nella prassi: Deliberazione AVCP n. 92/2012 cit.; Deliberazione AVCP n. 45 dell'8 ottobre 2008 («*In ossequio al principio di par condicio, è opportuno dare pubblicità alle risposte fornite alle richieste di chiarimenti riguardanti clausole del bando e del capitolato, pur mantenendo segreta l'identità dei richiedenti*»); Parere di Precontenzioso AVCP n. 78 del 23 ottobre 2007 e Parere di Precontenzioso AVCP n. 85 del 17 ottobre 2007; mentre in giurisprudenza: TAR Catania, V sezione - sentenza n. 769 del 10 maggio 2007 («*L'integrazione postuma della mancata presentazione della ricevuta di versamento del contributo all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici viola il fondamentale principio della par condicio tra concorrenti*»).

³⁴⁹ Parere di Precontenzioso AVCP n. 78/2007 cit.

³⁵⁰ Ne fornisce un importante chiarimento il Consiglio di Stato, V sezione - sentenza n. 1245 del 28 gennaio 2011 laddove afferma che «*il canone dell'"utilità" delle clausole e della necessità di evitare inutili appesantimenti nonché di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio, costituisce metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile, sicché in presenza della duplicità di prescrizioni e dell'inutilità di indicazioni già contenute nell'offerta [...] la sanzione espulsiva prevista per la mancata compilazione [...] deve ritenersi illegittimamente preclusiva della partecipazione di un aspirante in quanto in contrasto con i principi della ragionevolezza e della proporzionalità*».

Vedi anche Parere di Precontenzioso AVCP n. 184 del 20 ottobre 2011 («*Secondo orientamenti ormai consolidati della giurisprudenza, le previsioni contenute nel bando di gara richiedono un'interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole ed effettivo adempimento dei loro contenuti, nella prospettiva di garantire al meglio l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione possibile di concorrenti alla gara, onde realizzare l'interesse dell'Amministrazione a stipulare il contratto alle migliori condizioni possibili*») e Parere di Precontenzioso AVCP n. 78/2007 cit.

³⁵¹ TAR Campania, VIII sezione - sentenza n. 4585 del 30 settembre 2011.

³⁵² TAR Lazio, III ter sezione III - sentenza n. 4350 del 19 marzo 2010 («*L'integrazione documentale è ammissibile qualora si sia in presenza di documenti originariamente incompleti, perché in tal caso non si arreca alcun pregiudizio alla par condicio tra i concorrenti; nel caso invece della assoluta mancanza di dichiarazioni previste nel bando a pena di esclusione e che attengono a requisiti essenziali per la partecipazione alla gara, l'integrazione documentale – a sanatoria di un errore originario nella presentazione della domanda – verrebbe ad incidere sulla par condicio tra i concorrenti, violando il principio di imparzialità che vige nello svolgimento delle gare*»).

³⁵³ Consiglio di Stato, IV sezione IV - sentenza n. 6498 del 22 dicembre 2008 («*L'esclusione a seguito di violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla lex specialis esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio che non può essere superato dall'opposto principio del favor participationis*»).

³⁵⁴ Cons. Stato sent. n. 3079/2011 cit.

³⁵⁵ TAR Toscana, I sezione - sentenza n. 184 del 3 marzo 2010.

e amministrati: «nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, ove la formalità richiesta non sia funzionale a garantire un apprezzabile interesse pubblico, gli oneri meramente formali affievoliscono e rilevano le dichiarazioni implicite desumibili univocamente dalla documentazione prodotta a corredo dell'offerta, con la possibilità per l'ente (in presenza di dubbi o incertezze) di richiedere ulteriori precisazioni, perché il precetto del “buon andamento” (art. 97 cost.) include anche il principio di cooperazione fra amministrazione ed amministrati. Infatti, il potere-dovere della Stazione appaltante di chiedere un'integrazione documentale [...] codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma, nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione»³⁵⁶.

In secondo luogo, allo stesso articolo è legato il cosiddetto principio di prova, di cui ne spiega l'utilità il TAR della Campania: «il potere di richiedere chiarimenti ed integrazioni al concorrente trova sicura applicazione nelle ipotesi in cui sussistono dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando ed in ordine ai quali vi sia, tuttavia, un principio di prova circa il loro possesso da parte del concorrente [...]: in tali casi, sussistendo un indizio del possesso dei requisiti richiesti, l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi*, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, principio che si impone anche in virtù degli obblighi di istruttoria procedimentale gravanti sul responsabile del procedimento [...] e la cui applicazione, nel caso di procedure ad evidenza pubblica, è da escludere solo ove si possa tramutare in una lesione del principio di parità di trattamento dei concorrenti. L'allegazione della sola prima pagina del certificato camerale costituisce un valido principio di prova in ordine al possesso di tale certificazione [...]»³⁵⁷.

³⁵⁶ Così TAR Lazio - sentenza n. 7527 del 23 settembre 2011.

³⁵⁷ TAR Campania, VIII sezione - sentenza n. 4585 del 30 settembre 2011. Vedi anche Consiglio di Stato, V sezione - sentenza n. 3079 del 23 maggio 2011 («Solo se in concreto è stato fornito un principio di prova della eventuale manomissione dei plichi o quanto meno di un concreto pericolo di manomissione, può essere seguito il rigoroso orientamento giurisprudenziale secondo il quale la tutela dell'integrità dei plichi contenenti gli atti di gara deve essere assicurata in astratto, e sarebbe quindi sufficiente che la

Infine, anche i principi della stretta interpretazione delle cause di esclusione dalle gare pubbliche³⁵⁸ e della segretezza delle offerte trovano la loro collocazione nell'art. 73 del d. lgs. n. 163/2006. Quello della segretezza, in particolare, è un principio cardine delle pubbliche gare, la cui osservanza non può essere verificata su un piano materiale e deve anzi essere garantita anche da menomazioni soltanto potenziali³⁵⁹.

Da ultimo, per quanto riguarda le garanzie a corredo dell'offerta disciplinate dall'art. 75, si evidenzia l'esistenza del principio non di aggravamento del procedimento³⁶⁰. Quest'ultimo si configura come un principio giuridico che impone alla stazione appaltante di non rallentare il procedimento con la previsione di termini inopinatamente lunga o con la richiesta di adempimenti istruttori inutili o particolarmente complessi, salvo che ciò non sia determinato da straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

Il requisito della straordinarietà dovrà essere interpretato in modo rigoroso e il giudice potrà rilevare la violazione del principio di non aggravamento ogni volta che l'amministrazione invochi generalmente le ragioni istruttorie senza precisare i motivi di fatto o di diritto che impongono la deroga del termine o il rallentamento del procedimento³⁶¹.

documentazione di gara sia stata sottoposta a rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara».

³⁵⁸ Parere di Precontenzioso AVCP n. 18 del 26 gennaio 2011 («Un inadempimento meramente formale non può essere considerato dalla stazione appaltante nel bando di gara *sic et simpliciter* causa di esclusione, senza procedere ad un previo accertamento dell'effettivo versamento dell'importo dovuto all'Autorità, in quanto l'esclusione dalla gara rappresenta un atto dovuto ogni qual volta che si presenti un inadempimento di tipo sostanziale, consistente nel mancato pagamento delle contribuzioni dovute all'Autorità, e non un inadempimento di tipo formale. Ne deriva che se è corretto riportare nella *lex specialis* il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità, prevedendo, altresì, l'esclusione in caso di mancato pagamento, non è invece corretto prevedere la medesima sanzione nel caso di violazione meramente formale delle predette istruzioni. Osta a ciò, da un lato, il principio di stretta interpretazione delle cause di esclusione dalle gare pubbliche – avendo previsto il legislatore l'esclusione solo in caso di mancato versamento del contributo – e dall'altro, i principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa».

³⁵⁹ Ciò che conta, in altri termini, è l'oggettiva impossibilità di conoscere le offerte e questa certamente non è più assicurata quando le offerte, private dei sigilli, risultano anche solo teoricamente consultabili dai membri della commissione (Consiglio di Stato, V sezione V - sentenza n. 490 del 12 febbraio 2008).

³⁶⁰ Parere AVCP sulla Normativa dell'11 luglio 2012 («*Ferme restando le generali modalità di calcolo del valore dell'appalto [...] non appare ingiustificata né contraria ai principi di proporzionalità e di non aggravamento la previsione, nella documentazione di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di fornitura dell'energia elettrica, di garanzie provvisorie e definitive, ex artt. 75 e 113 del D. lgs. n. 163/2006*»).

³⁶¹ *Ex multis* TAR Palermo, II sezione - sentenza n. 435 del 31 luglio 2008.

Avanzando nell'analisi delle norme del Codice degli appalti pubblici in maggior misura oggetto di deroga da parte di ordinanze emergenziali, si possono annoverare gli articoli legati, da una parte, alla forma di comunicazioni, verbali ed informazioni ai candidati e agli offerenti³⁶² e, dall'altra parte, ai criteri di selezione delle offerte e alla verifica delle offerte anormalmente basse³⁶³.

Il perno di quest'ultima area del Codice è l'art. 81, relativo ai criteri per la scelta dell'offerta migliore. Data la centralità dell'articolo in oggetto, esso è naturalmente regolato dai principi fondamentali fin qui tracciati, come testimoniano gli interventi giurisprudenziali³⁶⁴.

In particolare, la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali, ad esempio, l'organizzazione del

³⁶² Artt. 78 – 80, Sezione IV, Capo III, D. lgs. n. 163/2006.

³⁶³ Artt. 81 – 89, Sezione V, Capo III, D. lgs. n. 163/2006.

³⁶⁴ Il TAR Catanzaro (sentenza n. 511 del 25 maggio 2009) richiama i principi di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità, affidamento e buona fede. Principio di non discriminazione già citato da Corte di Giustizia (sentenza n. 513 del 17 settembre 2002: «*i criteri devono, comunque, essere collegati all'oggetto dell'appalto, devono essere tali da non conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, devono essere adeguatamente pubblicizzati e devono rispettare il principio di non discriminazione*») e Consiglio di Stato (sentenza n. 837 del 16 febbraio 2009). A sua volta il Consiglio di Stato (sentenza n. 4613 del 23 settembre 2008) postula la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività dell'amministrazione, mentre la Corte dei Conti (Sentenza n. 1856 del 29 aprile 2004) fa riferimento ai principi di pubblicità delle gare pubbliche e di imparzialità dell'azione amministrativa. Secondo la giurisprudenza costituzionale, infine, la disciplina del Codice dei contratti pubblici, nella parte concernente le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione, è strumentale a garantire la tutela della concorrenza (ex multi Corte Costituzionale - sentenza n. 184 del 10 giugno 2011; Id. sentenza n. 186/2010; sentenza n. 320/2008).

lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata.

La scelta del criterio di selezione delle offerte in una gara per l'affidamento di un contratto pubblico sottende, quindi, una valutazione ampiamente discrezionale, censurabile unicamente per ragioni di illogicità ed irragionevolezza. Al riguardo, l'art. 81 – al comma 1 – individua come principio generale di valutazione quello dell'adeguatezza del criterio rispetto alle caratteristiche dell'oggetto del contratto. Dall'esiguo dato normativo discende che, conformemente al principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed al canone di efficienza, il *discrimen* tra i due criteri si ascrive alla più o meno puntuale predeterminazione nella *lex specialis* dell'oggetto del contratto da parte della stazione appaltante³⁶⁵.

Nella stessa Sezione del decreto legislativo è presente la disciplina relativa alle offerte anormalmente basse. Più precisamente, l'art. 86 ne indica i criteri di individuazione; l'art. 87 i criteri di verifica e l'art. 88 il procedimento di verifica e di esclusione. La materia delle offerte anormalmente basse ha richiamato spesso l'attenzione dell'autorità di vigilanza³⁶⁶, del giudice amministrativo³⁶⁷ e della Corte costituzionale³⁶⁸.

³⁶⁵ In merito si segnala il lavoro dei giudici amministrativi del TAR Napoli, II sezione - sentenza n. 54 dell'11 gennaio 2010 e del TAR Piemonte, II sezione - sentenza n. 1 dell'8 gennaio 2011 («L'art. 81, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, coerentemente con la normativa e la giurisprudenza comunitaria, laddove dispone che “Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”, lascia chiaramente intendere che, esistendo una perfetta e sostanziale equivalenza tra i due sistemi, la scelta dell'uno o dell'altro è rimessa alla libera determinazione dell'amministrazione, con l'unico limite di far ricadere tale scelta su “quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto”, al fine di “selezionare la migliore offerta”, conformemente al comma 2 del medesimo articolo, e di garantire la qualità delle prestazioni e il rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. medesimo, con cui il legislatore nazionale ha recepito, in sostanza, il considerando 2 della direttiva n. 2004/18/CE»).

³⁶⁶ Deliberazione AVCP n. 77 del 27 marzo 2007; Id. n. 219 del 27 giugno 2007; Id. n. 76 del 19 ottobre 2006. Inoltre, vedi Parere di Precontenzioso AVCP n. 134 del 24/07/2013; Id. n. 73 del 9 maggio 2013 e Id. n. 204 del 05/12/2012.

³⁶⁷ Tra tante, Consiglio di Stato, IV sezione – sentenza n. 3146 del 21 maggio 2009 e Id. sentenza n. 3807 del 23 giugno 2011 («In ordine all'ammissibilità da parte del giudice amministrativo di disporre una verifica ovvero una consulenza tecnica d'ufficio sulle valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di riscontro delle anomalie delle offerte presentate, deve rilevarsi che dette valutazioni sono considerate espressione di un ampio potere tecnico – discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale salva l'ipotesi in cui esse siano palesemente illogiche, irrazionali o fondate su insufficiente motivazione o su errori di fatto (*ex multis*, C.d.S., sez. V, 23 novembre 2010, 22 giugno 2010, n. 3890, 18 marzo 2010,

La verifica di anomalia, anche nell'appalto aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trova la sua ragion d'essere nell'interesse dell'Amministrazione a giungere all'aggiudicazione ad una impresa che presenti il prezzo più basso, ma che nel contempo garantisca la regolare e corretta esecuzione dei lavori³⁶⁹. Per offerta anomala si intende, infatti, un'offerta anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando e che, al contempo, suscita il sospetto della scarsa serietà dell'offerta medesima e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.

Più precisamente, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma ha l'obiettivo di appurare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto.

Da tale principio³⁷⁰, che estrinseca lo scopo della verifica di anomalia, discende che il procedimento di verifica di anomalia – avulso da ogni formalismo – è ispirata alla più alta cooperazione tra stazione appaltante e offerente. Conseguentemente, il contraddittorio deve essere effettivo e privo di preclusioni alla presentazione di giustificazioni³⁷¹ che possano comprovare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso al momento dell'aggiudicazione.

Sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta, spetta alla stazione appaltante svolgere il giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta³⁷². Gli apprezzamenti dell'Amministrazione in sede di conferma dell'anomalia delle offerte costituiscono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, che

n. 1589, 29 gennaio 2009, 8 luglio 2008, n. 8 luglio 2008)»). Più risalenti, gli interventi Più risalenti, gli interventi dell'11 dicembre 2001, sentenza n. 6217 e del 29 luglio 2003, sentenza n. 4323.

³⁶⁸ Corte Costituzionale - sentenza n. 160 del 22 maggio 2009; Id. sentenza n. 401/2007.

³⁶⁹ Il criterio di individuazione delle offerte anormalmente basse risponde ad una logica matematica, attraverso la quale, effettuando il calcolo previsto dalla norma, si addiuviene all'individuazione delle offerte che devono essere valutate ai fini della verifica dell'anomalia.

³⁷⁰ Codificato dall'art. 88, co. 7, d.lgs. n. 163/2006.

³⁷¹ Ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

³⁷² Vedi Parere di Precontenzioso AVCP n. 56 del 23 aprile 2009

rientra tra le prerogative della stazione appaltante e, in particolare, della commissione di gara³⁷³.

Per ciò che concerne, invece, la progettazione degli appalti si riscontrano deroghe ad intere Sezioni del Codice dei contratti pubblici³⁷⁴, quali la Sezione I³⁷⁵ – *Progettazione interna ed esterna, livelli della progettazione* – la Sezione II³⁷⁶ – *Procedimento di approvazione dei progetti e effetti ai fini urbanistici ed espropriativi* e la Sezione IV³⁷⁷ – *Garanzie e verifiche della progettazione*.

Tra le disposizioni richiamate, le più importanti riguardano le procedure di affidamento, la verifica preventiva dell'interesse archeologico, il procedimento di approvazione dei progetti e le garanzie che devono essere fornite dai progettisti.

Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo possono essere affidati *ex art.* 91, d. lgs. 163/06, dalle stazioni appaltanti a liberi professionisti o a società di ingegneria nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza³⁷⁸. A tali assiomi, poco dopo l'emanazione del Codice dei contratti pubblici, il TAR di Bari ha associato anche il principio di pubblicità³⁷⁹.

I progettisti, a loro volta, devono dotarsi di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, pena il mancato pagamento della parcella da parte dell'amministrazione³⁸⁰.

La “foga” derogatoria delle ordinanze emergenziali ha spesso colpito anche gli istituti delle varianti in corso d'opera³⁸¹, al quale l'autorità di vigilanza fa risalire il

³⁷³ Salvo che nell'esercizio di tale potestà non emergano vizi evidenti di ricostruzione dell'iter logico-argomentativo (Parere AVCP n. 213/2008)

³⁷⁴ Contenute nel Capo IV – *Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria* della Parte II – *Contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari* – Titolo I – *Contratti di rilevanza comunitaria*.

³⁷⁵ D. lgs. n. 163/2006, artt. 90 – 96.

³⁷⁶ D. lgs. n. 163/2006, artt. 97 – 98.

³⁷⁷ D. lgs. n. 163/2006, artt. 111 – 112-bis.

³⁷⁸ Si veda la Deliberazione AVCP n. 17 del 9 febbraio 2011 dove si afferma che gli incarichi di progettazione devono essere affidati nel rispetto dei principi di buona fede e trasparenza; Id. n. 80 del 14 febbraio 2010. Già nel 2006 l'AVCP era intervenuta in merito all'art. 91, menzionando anche il principio di rotazione e divieto di cumulo degli incarichi (n. 1/2006).

³⁷⁹ TAR Bari, I sezione – sentenza n. 2441 del 3 ottobre 2007.

³⁸⁰ Art. 111, comma 1, d. lgs. n. 163/2006.

³⁸¹ Art. 114, d. lgs. n. 163/2006.

principio generale di determinatezza degli elementi essenziali della gara³⁸², del subappalto e del collaudo. Come si può agevolmente intuire, le ultime due attività costituiscono un passaggio fondamentale per il buon esito dell'appalto.

Il subappalto, normato dall'art. 118 del Codice, risponde al principio della selezione pubblica del contraente³⁸³ e della massima partecipazione alla gara³⁸⁴. Il collaudo³⁸⁵, invece, deve essere affidato nel rispetto dei principi della proporzionalità, della trasparenza e della rotazione.

Nel corposo elenco delle norme del Codice degli appalti pubblici derivate da interventi di natura contingibile ed urgente vanno distinti, infine, gli articoli legati alla programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori³⁸⁶ ed al contenzioso³⁸⁷.

Con la deroga alle prescrizioni inerenti l'organizzazione e la concreta attuazione degli appalti pubblici si inibiscono funzioni rilevanti quali l'operato del Consiglio

³⁸² Parere di Precontenzioso AVCP n. 82 del 30 maggio 2012 («E' illegittima l'attuazione del principio dello ius variandi attraverso una generica clausola che preveda che "l'amministrazione si riserva la facoltà di apportare modifiche all'oggetto del contratto quali, ad esempio: l'organizzazione ed estensione dei servizi, la soppressione di alcuni di essi, la durata degli interventi previsti, le modalità del loro svolgimento, nonché una diversa presenza del personale addetto. In tali casi l'appaltatore è obbligato ad accettare tali modifiche, fino alla concorrenza, in diminuzione ovvero in aumento, del 30% dell'ammontare complessivo del contratto d'appalto senza da ciò ingenerare pretese sotto qualsiasi forma". Tale previsione, per il suo tenore generico e per la mancata definizione di precisi e insuperabili limiti, pone infatti l'aggiudicatario nella posizione di dover accettare modifiche anche sostanziali dell'oggetto del contratto in violazione del principio generale di determinatezza degli elementi essenziali della gara»).

³⁸³ Nella Deliberazione n. 7 del 6 marzo 2013, l'autorità di vigilanza si è espressa nei seguenti termini: «L'art. 118, comma 1, del D. Lgs n. 163/2006 prevede espressamente che i soggetti affidatari dei contratti pubblici siano tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto; il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatte salve le eccezioni espressamente previste nel predetto D. Lgs n. 163/2006, tra cui il subappalto. Nella fattispecie, sottrarre alla diretta esecuzione del concessionario larga parte dei servizi di gestione funzionale di un complesso immobiliare, in aggiunta alla previsione della facoltà di affidare a terzi anche i residui servizi, costituisce violazione del principio della selezione pubblica del contraente».

³⁸⁴ Parere AVCP sulla Normativa del 20 dicembre 2012 («Si deve ritenere essenziale, nel caso in cui la stazione appaltante ritenga di inserire una clausola di divieto di subappalto, affinché siano rispettati i canoni comunitari, operare un giusto bilanciamento fra il principio di massima partecipazione alla gara e l'interesse pubblico a che nella fase esecutiva del contratto non si modifichino, con il ricorso al subappalto, gli esiti della procedura selettiva che hanno legittimato l'individuazione di un determinato operatore economico come il più idoneo a soddisfare le esigenze dell'amministrazione»).

³⁸⁵ Art. 120, d. lgs. n. 163/2006.

³⁸⁶ Artt. 126 – 141, Titolo III – *Disposizioni ulteriori per i contratti relativi a lavori pubblici* - , Capo I – *Programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori*.

³⁸⁷ Artt. 239 – 241-bis, Parte IV – *Contenzioso*.

superiori dei lavori pubblici³⁸⁸, la stipula di coperture assicurative³⁸⁹ e la direzione dei lavori³⁹⁰.

L'articolo 133, inoltre, impone i vari termini di adempimento ed il relativo adeguamento dei prezzi in caso di ritardo; la norma è strutturata per determinare l'ottemperanza ai principi generali di proporzionalità, ragionevolezza³⁹¹, trasparenza e *par condicio*³⁹² oltreché di efficienza, efficacia e correttezza³⁹³.

Allo stesso modo, derogando – il più delle volte per intero – alle norme sul contenzioso, vengono meno gli strumenti di risoluzione delle controversie³⁹⁴ e la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo³⁹⁵.

³⁸⁸ Art. 129, d.lgs. n. 163/2006: «1. È garantita la piena autonomia funzionale e organizzativa, nonché l'indipendenza di giudizio e di valutazione del Consiglio superiore dei lavori pubblici quale massimo organo tecnico consultivo dello Stato.

2. Con decreto del Presidente della Repubblica [...] si provvede ad attribuire al Consiglio superiore dei lavori pubblici [...] poteri consultivi [...].

3. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprime parere obbligatorio sui progetti definitivi di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo superiore ai 25 milioni di euro, nonché parere sui progetti delle altre stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni, sempre superiori a tale importo, ove esse ne facciano richiesta. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 25 milioni di euro, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT). Qualora il lavoro pubblico di importo inferiore a 25 milioni di euro, presenti elementi di particolare rilevanza e complessità, il direttore del settore infrastrutture sottopone il progetto, con motivata relazione illustrativa, al parere del Consiglio superiore.

4. [...].

5. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprime il parere entro quarantacinque giorni dalla trasmissione del progetto. Decorso tale termine, il procedimento prosegue prescindendo dal parere omissivo e l'amministrazione motiva autonomamente l'atto amministrativo da emanare».

³⁸⁹ Art. 129 – *Garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici* – d.lgs. n. 163/2006.

³⁹⁰ Art. 130 – *Direzione dei lavori* – d.lgs. n. 163/2006.

³⁹¹ Vedi Parere di Precontenzioso AVCP n. 82 del 30 maggio 2012 («*L'imposizione da parte dell'Amministrazione, attraverso la lex specialis di gara, di penali contrattuali eccessivamente gravose dà luogo ad illegittimità delle relative clausole, per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza*»).

³⁹² TAR Roma, I sezione - sentenza n. 3579 del 1 aprile 2009.

³⁹³ Parere sulla Normativa AVCP del 21/09/2011: «*L'utilizzo dei prezziari non può prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica sostanziale della loro congruità in relazione alle condizioni di mercato*».

³⁹⁴ Il riferimento è all'istituto della Transazione – disciplinata dall'art. 239 – e ispirato al principio della certezza della situazioni giuridiche di diritto pubblico (Consiglio di Stato, Sezione IV - Sentenza 31/03/2009 n. 1917); all'istituto dell'Accordo bonario dell'art. 240 (Deliberazione AVCP n. 78 del 1 agosto 2012: «*Contrasta con i principi di efficienza, tempestività e correttezza del procedimento l'attività tecnico-amministrativa della stazione appaltante caratterizzata da inadempienze ed inesattezze, carenze progettuali ed inefficienze a carico del responsabile del procedimento, che di fatto ostacolano la regolare e continua programmazione dei lavori ed alimentano un contenzioso*») e a quello dell'Arbitrato (art. 241) teso ad assicurare il rispetto del principio del contraddittorio (LODI ARBITRALI Roma - Lodo n. 76 dell'8 ottobre 2012).

³⁹⁵ Art. 245 d.lgs. n. 163/2006.

3. La nozione di “grande evento”

3.1. La parabola della nozione di “grande evento” nell’ordinamento italiano

La nozione di “grande evento” ha conosciuto due differenti stagioni nella sua storia ventennale nell’ordinamento italiano.

In una prima fase, inaugurata con il decreto – legge 7 settembre 2001, n. 343³⁹⁶, il legislatore si preoccupa di far rientrare i grandi eventi nell’alveo delle ordinanze di protezione civile. In particolare, l’articolo 5-bis³⁹⁷ del d.l. n. 343/2001, al comma 5 prevede che *«le disposizioni di cui all’articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225³⁹⁸, si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza»*; così facendo la nozione di “grande evento” fa il suo ingresso nel corpo normativo nazionale con una dignità pari a quella delle ordinanze di protezione civile, con effetti assolutamente controversi, come si vedrà in seguito. In più, a distanza di pochi anni, lo stesso legislatore italiano è di nuovo intervenuto per applicare anche agli interventi all’estero del Dipartimento della protezione civile le regole disciplinate dall’articolo 5 della legge 225/1992 e dall’articolo 5-bis, comma 5 del decreto legge 343/2001³⁹⁹, con il decreto – legge 31 maggio 2005, n. 90⁴⁰⁰.

³⁹⁶ «Disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile e per migliorare le strutture logistiche nel settore della difesa civile», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 210 del 10 settembre 2001. Decreto convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 novembre 2001, n. 401, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 262 del 10 novembre 2001.

³⁹⁷ Rubricato «Disposizioni concernenti il Dipartimento della protezione civile».

³⁹⁸ Articolo 5 - «Stato di emergenza e potere di ordinanza», commi 1 e 2: «1. Al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. Con le medesime modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venir meno dei relativi presupposti.

2. Per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede, nel quadro di quanto previsto dagli articoli 12, 13, 14, 15 e 16, anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Le ordinanze sono emanate di concerto, relativamente agli aspetti di carattere finanziario, con il Ministro dell'economia e delle finanze».

³⁹⁹ Fermo restando le competenze in materia di cooperazione del Ministero degli affari esteri. Così il comma 2 dell’articolo 4 del decreto legge 90/2005, rubricato «Disciplina e potenziamento del Dipartimento della protezione civile».

⁴⁰⁰ «Disposizioni urgenti in materia di protezione civile», pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 125 del 31 maggio 2005. Decreto legge convertito, con modificazioni, dalla legge 26 luglio 2005, n. 152, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 176 del 30 luglio 2005.

Nei primi cinque anni del nuovo millennio, quindi, si è assistito alla creazione giuridica di un particolare strumento consegnato nelle mani del potere esecutivo. Strumento con caratteristiche mutate dalle ordinanze emergenziali, ma con scopi radicalmente differenti.

Da qui in avanti si verificherà un utilizzo massiccio di grandi eventi fino ai primi mesi del 2012, quando viene pubblicata la legge 24 marzo 2012, n. 27⁴⁰¹, con la quale si abroga – con l’articolo 40-bis – il comma 5 dell’articolo 5-bis del d.l. n. 343/2001⁴⁰². Particolarmente significativa la collocazione dell’articolo 40-bis all’interno del decreto – legge 24 gennaio 2012, n. 1; esso infatti si trova nel *Titolo I*, dedicato alla «Concorrenza», al Capo VIII – «*Altre liberalizzazioni*». L’interpretazione che ne deriva, infatti, può essere articolata su due livelli: da una parte, il *Titolo I* – «Concorrenza», nel contesto generale di maggiore competitività nazionale che è la *ratio* della norma, denota come il legislatore del 2012 abbia considerato i grandi eventi un ostacolo alla libera concorrenza nel mercato italiano⁴⁰³; dall’altra parte, la rubrica «*Altre liberalizzazioni*» del Capo VIII ben evidenzia la forte “presa pubblica” sui grandi eventi, fonte anch’essa, probabilmente, di inefficienze e maggiori costi rispetto ad una gestione più orientata al privato.

La nuova ottica contenuta nel d.l. n. 1/2012 rappresenta l’atto finale di quella che potrebbe essere considerata la seconda fase della parabola della nozione di “grande evento”.

Un percorso tracciato da dottrina e giurisprudenza, atto a segnalare numerose criticità legate all’utilizzo, via via sempre più massiccio, delle ordinanze di protezione civile, comprendenti ormai dal 2001 anche i grandi eventi.

⁴⁰¹ «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 71 del 24 marzo 2012 – Supplemento ordinario n. 53.

⁴⁰² Articolo 40-bis, l. n. 27/2012 – «Misure per la trasparenza nella gestione dei grandi eventi», comma unico. Di seguito il testo dell’articolo: «All’articolo 5-bis del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, il comma 5 è abrogato».

⁴⁰³ Tesi già da tempo sostenuta sia dall’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP), sia da esponenti politici. Questi ultimi, in particolare, a seguito delle note vicende giudiziarie legate all’assegnazione di appalti da parte della protezione civile al verificarsi del terremoto del 6 aprile 2009 in Abruzzo. Vedi Atto di Sindacato Ispettivo n. 1-00244 del 24 febbraio 2010 e DUILIO L., «Sulle ordinanze di protezione civile – Il Parlamento di fronte alle procedure, alle strutture e ai poteri dell’amministrazione dell’emergenza», studio pubblicato in allegato al resoconto della seduta del Comitato per la legislazione del 23 novembre 2010.

Dall'assenza dei presupposti per l'utilizzo delle ordinanze in deroga a disposizioni vigenti già segnalata, scaturisce, infatti, una seconda criticità legata ad una indebita estensione della possibilità di utilizzare, da parte dell'esecutivo, poteri *extra ordinem*.

Inoltre, suscitano molte perplessità tanto la mancata "tipizzazione" a livello giuridico del concetto di grande evento, quanto, sul piano dell'*iter* procedimentale, il fatto che la dichiarazione di "grande evento" sembri spettare al solo Presidente del Consiglio dei Ministri e non al Governo nella sua collegialità⁴⁰⁴.

È utile, ai fini dell'analisi qui proposta, approfondire i profili di criticità sopra richiamati.

Nonostante i fondamenti formalizzati dalla copiosa giurisprudenza, la legge 24 febbraio 1992, n. 225 di costituzione della protezione civile ha sin da subito lasciato spazio ad un'incertezza interpretativa legata all'individuazione di criteri oggettivi per la definizione degli "*altri eventi*" che sarebbero rientrati nella competenza del Dipartimento di protezione civile in base alla lettera c) dell'articolo 2⁴⁰⁵.

Proprio l'interpretazione estensiva della formulazione originaria dell'articolo 2 ha permesso il progressivo dilatarsi del perimetro dei poteri d'eccezione, nonostante gli interventi dottrinali che richiedevano l'individuazione dei presupposti legittimanti l'attribuzione dei poteri in deroga *«in termini tassativi senza generici richiami ad "altri eventi", ma stabilendo il tipo di fatto emergenziale che consente l'attivazione del potere di ordinanza; lasciando alla decretazione d'urgenza la funzione costituzionale di fronteggiare le emergenze innominate»*⁴⁰⁶. Tale perimetro, infatti, prima ancora del

⁴⁰⁴ Così come si evince dal testo del primo capoverso del comma 1 dell'articolo 5 - «*Competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile*» del d.l. n. 343/2001: «1. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero il Ministro dell'interno da lui delegato, determina le politiche di protezione civile, detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, promuove e coordina le attività delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale, finalizzate alla tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri grandi eventi, che determinino situazioni di grave rischio, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112».

⁴⁰⁵ Rubricato «*Tipologie degli eventi ed ambiti di competenza*». Si tratta di «*calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*» (lett. c), art. 2, l. n. 225/92).

⁴⁰⁶ MARAZZITA G., «*Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*», cit., pag. 61.

decreto – legge 7 settembre 2001, n. 343, era stato sufficientemente allargato per farvi rientrare accadimenti con peculiarità poco aderenti ai presupposti precedentemente richiamati⁴⁰⁷; emergenze “improprie” che hanno provocato una «*progressiva traslitterazione di senso che ha condotto ad ampliare progressivamente la possibilità di uso straordinario dei poteri*»⁴⁰⁸.

Questa prassi, inoltre, è stata in larga misura resa possibile dal *self – restraint* della magistratura amministrativa, la quale non ha mai ritenuto opportuno censurare dichiarazioni di “stato di emergenza” disposte dal Consiglio dei Ministri⁴⁰⁹. In tal modo, si è iniziato a compromettere il tentativo di definizione di un modello di riferimento per l'utilizzo delle ordinanze in situazioni di emergenza attuato dal legislatore del 1992 con la legge n. 225.

Compromissione proseguita e quanto mai accentuata dall'introduzione nell'ordinamento nazionale del più volte richiamato comma 5, articolo 5-bis del decreto – legge 343 del 2001, attraverso il quale è stato esteso il ricorso al potere di ordinanza con riferimento ai “grandi eventi”.

Per ciò che concerne l'ottica di analisi di questo particolare frangente della ricerca – i presupposti che legittimano l'utilizzo di ordinanze in deroga alla legislazione vigente – il comma 5 tratteggia una netta linea di demarcazione rispetto alle ipotesi fino ad allora considerate ineludibili al fine del corretto uso del potere emergenziale, aprendo alla possibilità di considerare i “grandi eventi” come presupposto sostanziale per dotare l'esecutivo di “capacità derogatorie”.

Il testo del comma 5 rinvia alla norma attributiva del potere di ordinanza⁴¹⁰ stabilendo che «*le disposizioni di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225,*

⁴⁰⁷ Il riferimento è, in particolare, all'emergenza rifiuti, all'emergenza traffico e all'emergenza economico – sociale; interventi i cui connotati di eccezionalità o di imprevedibilità difettano *ad origine*, ma che gli esecutivi non hanno reputato di poter gestire con le procedure ordinarie, evidentemente considerate inadeguate. Secondo MARAZZITA G., “*Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*”, cit., pag. 61, «[...] sembra da evitare il ricorso agli atti amministrativi, sia per accadimenti che non hanno natura straordinaria [...], sia per situazioni di conflitto sociale il cui contenimento potrebbe incidere sulle libertà costituzionali [...], restringendo quindi l'uso del potere (di ordinanza) alle calamità naturali, ai disastri ambientali, alle emergenze sanitarie».

⁴⁰⁸ Così AZZARITI G., “*L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione*”, reperibile alla pagina web lombardia.anpi.it/voghera/corsivi/azzariti.htm.

⁴⁰⁹ DUILIO L., «*Sulle ordinanze di protezione civile*», cit., pag. 143.

⁴¹⁰ Attraverso una tecnica normativa definita “discutibile” da MARAZZITA G., “*Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*”, cit., pag. 30.

si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile [...]» e perciò introduce la nozione di “grande evento”⁴¹¹ concedendole la possibilità di “suscitare” lo stato di eccezione, generalmente fondato su una situazione d’urgenza.

Ancora più caratterizzante è la seconda parte dell’enunciato del comma 5 che perfeziona la base giuridica dei “grandi eventi” considerandoli «[...] diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza» emanata dal Consiglio dei Ministri⁴¹².

È facile intuire, a questo punto, come il comma 5 interpreti una concezione palesemente impropria dell’emergenza. La delegittimazione della delibera dello stato d’emergenza come unica condizione fondamentale per l’esercizio del potere di ordinanza, ora affiancata da una mera “dichiarazione di grande evento”, appare infatti come un trapianto di meccanismi, nati per affrontare catastrofi e calamità, nel campo di future situazioni, le quali, pur caratterizzate da una gestione a volte estremamente complessa, sono connotate da presupposti del tutto diversi⁴¹³.

La dottrina più recente parla addirittura di un «modello para – emergenziale, in cui si dà vita ad un regime di protezione civile, su presupposti, legali e di fatto, distinti da quelli dell’attività di protezione civile»⁴¹⁴.

In sintesi, non più soltanto un peculiare evento di natura straordinaria ed imprevedibile, bensì ogni ipotetico “grande evento” può autorizzare l’utilizzo di ordinanze in deroga alle norme vigenti e la concessione di poteri *extra ordinem* al Dipartimento della protezione civile. In tutti questi eventi si evidenzia l’assenza dei vari

⁴¹¹ Senza peraltro fornire elementi ulteriori per definire giuridicamente il fenomeno del grande evento.

⁴¹² Il disposto del comma 5, art. 5-bis, andrebbe comunque combinato con il citato art. 5 dello stesso d.l. n. 343/2001 nella parte in cui stabilisce che gli interventi del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile (tra i quali rientrano anche i “grandi eventi” per effetto dell’art. 5-bis) debbano essere finalizzati «alla tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri grandi eventi, che determinino situazioni di grave rischio [...]». Lettura combinata che, come si vedrà più avanti, sarà raramente presa in considerazione dagli enti organizzatori.

⁴¹³ A maggior ragione se si considera che la Corte costituzionale ha miratamente interpretato in senso restrittivo la stessa nozione di stato d’emergenza, esigendo nella sentenza n. 127 del 1995 che quest’ultimo sia «delimitato con riguardo alla qualità e natura degli eventi».

⁴¹⁴ CAPANTINI M. “I grandi eventi”, cit., pag. 175.

presupposti legittimanti i poteri d'ordinanza⁴¹⁵ e si palesa, quindi, la forte incongruenza legata al rinvio del comma 5 alla norma attributiva proprio dello stesso potere d'emergenza. In questo modo, il legislatore del 2001 compie un'opera di rilevante portata ampliando il novero dei presupposti sostanziali delle ordinanze contingibili e urgenti ad un ambito innovativo estraneo all'area dell'emergenza; permettendo così un impiego ipertrofico delle «*potenzialità derivanti dal mix di “protezione civile” e “grandi eventi”*»⁴¹⁶. Potenzialità “pericolose” in considerazione della capacità di derogare ad ogni disposizione vigente del potere d'ordinanza.

Il risultato di quanto fin qui asserito è quindi un'indebita estensione dell'utilizzo dei poteri emergenziali. Tale estensione, però, non sembra tanto il frutto di uno sforzo coerente del legislatore atto a perseguire un obiettivo a lungo termine legato ad una gestione amministrativa dell'emergenza più performante ed efficace – seppur non condivisibile alla luce dei fatti – quanto uno “stratagemma” architettato da una volontà politica finalizzata a violare il sistema di limiti e controlli che presidia l'operato del governo.

Una prima testimonianza di quanto appena affermato si può rinvenire proprio nel citato d.l. n. 343/2001 laddove, tramite una clausola di abrogazione tacita, viene specificato, all'articolo 6⁴¹⁷, che «*sono abrogate le disposizioni della legge 24 febbraio*

⁴¹⁵ In particolare, vedi DUILIO L., «*Sulle ordinanze di protezione civile*», cit., pag. 145, il quale fa presente che nei grandi eventi «*le funzioni e i poteri di iniziativa, istruttoria e decisione sono apparentemente accentrati in capo alla Presidenza del Consiglio, al Dipartimento della protezione civile e ai commissari nominati; in concreto, tuttavia, si rileva un'intensa attività endoprocedimentale, che precede e segue l'emanazione delle ordinanze, che rivela l'esistenza di ampie (e spesso lunghe) fasi di coinvolgimento, coordinamento e intesa tra autorità e organismi pubblici e privati, molto simile a quanto accade nelle procedure ordinarie. Queste attività, del resto, dimostrano l'effettivo ampio anticipo con cui sono previsti o addirittura programmati gli interventi o gli eventi oggetto delle ordinanze d'emergenza, e come queste siano sovente il frutto di una contrattazione meditata tra le varie autorità ed i diversi livelli di governo interessati*». Si aggiunga anche l'osservazione di MARAZZITA G., «*Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*», cit., pag. 33, secondo il quale «*al caso dei grandi eventi, oltre alla imprevedibilità, non sono applicabili anche altre due tipiche categorie dell'emergenza pubblica: la prevenzione e la successione cronologica fra fatto emergenziale e stato d'eccezione. Compito dell'autorità, ad ogni livello di governo, è quello di adoperarsi in anticipo per impedire, nei limiti del possibile, che si verifichino fatti straordinari lesivi di interessi, beni e principi giuridicamente tutelati: ebbene non sarebbe pensabile di adoperarsi per prevenire un grande evento, visto che esso è espressamente voluto e organizzato dalla stessa autorità. Inoltre, mentre in caso di calamità lo stato d'emergenza viene dichiarato dopo l'evento straordinario, nel caso dei grandi eventi l'instaurazione dello speciale regime giuridico precede anche di parecchi anni⁹² il verificarsi dell'evento da fronteggiare*».

⁴¹⁶ MORRONE A., «*Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*», cit., pag. 25.

⁴¹⁷ Cripticamente rubricato «*Abrogazioni*».

1992, n. 225, incompatibili con il presente decreto»; poste le garanzie procedurali e la tassativa enumerazione dei presupposti dello stato di eccezione contenute nella formulazione originaria della legge di costituzione della protezione civile, da quanto disposto dall'art. 6 del d.l. 343/01 sembra emergere una consapevolezza nell'indebolire, con la nozione di "grande evento", proprio quei paletti all'uso dei poteri in deroga imposti già dal 1992.

La motivazione di tale comportamento è stata segnalata, tra gli altri⁴¹⁸, da Cassese; il quale ha fatto riferimento «*all'abuso o dilatazione dell'emergenza per rimediare alla lentezza cronica della pubblica amministrazione o per sfuggire a vincoli procedurali (per esempio l'obbligo di gara per la scelta del contraente)*»⁴¹⁹. In altre parole i poteri di necessità e urgenza divengono un rapido strumento per occultare limiti intrinseci della politica e dei processi di decisione nel gestire compiti amministrativi assolutamente ordinari, seppur complessi.

L'approfondimento di Cassese circa "l'abuso dell'emergenza", inoltre, arriva a definire un paradosso quando si nota che il ricorso ai poteri di emergenza avviene nonostante l'assenza dell'emergenza stessa nei grandi eventi. Si era quindi giunti, tanto per legge quanto per prassi, all'utilizzo delle ordinanze di protezione civile non soltanto come mezzo per la gestione (o prevenzione) di catastrofi o calamità naturali⁴²⁰, ma anche come strumento ordinario di regolazione e gestione di una serie atipica e aperta di interventi; consegnando quindi alla valutazione meramente politica del Presidente del Consiglio dei Ministri, che doveva "dichiarare" il grande evento, l'uso potenzialmente generalizzato dei poteri straordinari.

⁴¹⁸ De multis, MARAZZITA G., "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", cit.; MORRONE A., "Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto", cit.. Molto incisivo, in tal senso, anche AZZARITI G., "L'eccezione e il sovrano...", cit., che scrive: «il Governo trova un comodo strumento per "fare", senza controlli e senza confronti: estraneo il Capo dello Stato alla decisione del Consiglio dei Ministri nel dichiarare l'emergenza, escluso il passaggio parlamentare e il confronto con le opposizioni che la nostra Costituzione prevede in ogni ipotesi, persino nei casi straordinari di necessità e d'urgenza in cui il Governo adotta decreti legge.[...]. Giunti a questo punto è chiaro che non ci si trova dinanzi a semplici abusi (sempre che siano effettivamente accertati dall'autorità giudiziaria competente), bensì di fronte ad un sistema di governo in via di formazione, che tende ad affermare l'assolutezza del potere. Fuori dallo stato di diritto e dai suoi vincoli, entro una cultura del fare che non può arrestarsi per rispettare le regole, ma che ambisce solo al risultato».

⁴¹⁹ Così in CASSESE S., "I paradossi dell'emergenza", in Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 223.

⁴²⁰ Così come previsto dall'art. 2, l. n. 125/92.

Alle critiche della scienza giuridica hanno, però, fatto da contraltare le asserzioni del direttore del Dipartimento della Protezione Civile⁴²¹ in occasione della risposta del Governo ad interpellanza urgente, avvenuta in data 15 aprile 2010⁴²². Questi, infatti, ha spiegato che *«un grande evento, nonostante l'attivazione di un'adeguata pianificazione in grado di assicurare, per quanto possibile, condizioni di adeguata tutela della pubblica e privata incolumità, costituisce comunque una situazione straordinaria, potenzialmente in grado di generare stravolgimenti nel sistema ordinario con la probabilità di accrescere i rischi connessi allo svolgimento della vita di relazione che, in tali occasioni, possono essere solo parzialmente prevedibili e prevenibili»*.

In sintesi, le “proporzioni” del grande evento sono sempre tali da rendere inadeguati i sistemi ordinari di pubblica amministrazione. Tale ammissione, però, non può essere accettata proprio per le circostanze prima delineate; in particolare per la mancanza del presupposto emergenziale. Gli istituti emergenziali, infatti, implicano l'inosservanza del principio di separazione dei poteri – incidendo di conseguenza sulla stessa garanzia delle libertà – a fronte soltanto di un accaduto non ordinario che pone in pericolo beni e principi costituzionalmente riconosciuti. Al contrario, il grande evento è un accadimento sociale, con caratteristiche specifiche, lungi dal poter essere considerato un fatto potenzialmente lesivo della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente. Al di là di un coordinamento complesso, infatti, il grande evento difetta di quei presupposti poc'anzi richiamati che giustificano l'esercizio dei poteri *extra-ordinem* in deroga alla legislazione vigente, essendo esso deciso ed organizzato da soggetti promotori, spesso con largo anticipo rispetto alla data d'inizio dell'evento stesso.

In ultima analisi, la disciplina vigente relativa ai “grandi eventi” fa venir meno il rapporto tra regola ed eccezione attribuendo al Presidente del Consiglio dei Ministri un potere di natura straordinaria – atto amministrativo in deroga alla legge – in condizioni per definizione ordinarie, l'organizzazione di un grande evento, in tal modo *«scindendo il fatto emergenziale e lo stato d'eccezione destinato a fronteggiarla»*⁴²³.

⁴²¹ Si tratta del dott. Guido Bertolaso, in carica dal 2001 al 2010.

⁴²² BERTOLASO G., *Risposta del Governo ad interpellanza urgente*, Camera dei Deputati, seduta del 15 aprile 2010, n. 2-00647.

⁴²³ Vedi MARAZZITA G., *“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”*, cit., pag. 33.

Due importanti effetti sono riconducibili al modello di conduzione previsto dal d.l. 343/01: il primo è stato la formazione di una procedura non-ordinaria e non-straordinaria difficilmente gestibile dal punto di vista amministrativo; il secondo effetto è stato quello di ingenerare *«una perenne instabilità e fluidità del tessuto normativo, che può costituire a sua volta occasione per fenomeni di arbitrio o di malcostume amministrativo»*⁴²⁴ ed in effetti la casistica ne dimostra un uso piuttosto controverso.

Dal 2001 ad oggi, infatti, si contano trentasei “grandi eventi” di cui diciotto riguardano episodi di natura religiosa, mentre sette interessano competizioni sportive e nove vertici internazionali⁴²⁵. A questi si aggiungono due eventi peculiari come le celebrazioni per il 150° Anniversario dell’Unità d’Italia⁴²⁶ e l’Expo Universale 2015 che avrà luogo a Milano⁴²⁷.

Tutte le manifestazioni sono state dichiarate “grande evento” tramite un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e dalla lettura di questi ultimi emergono aspetti di difficile interpretazione.

Al fine di ottenere un piano di analisi più circoscritto, si è estrapolato dai dati aggregati richiamati poc’anzi un campione di cinque grandi eventi, legati a differenti tipologie di manifestazione⁴²⁸.

Dallo studio dei decreti di dichiarazione di “grande evento” si nota facilmente l’utilizzo reiterato, tra le premesse, di una formulazione del seguente tenore: *«ravvisata la necessità di adottare misure di carattere straordinario ed urgente per assicurare un*

⁴²⁴ Vedi DUILIO L., *«Sulle ordinanze di protezione civile»*, cit., pag. 143.

⁴²⁵ Fonte: sito web Dipartimento della Protezione Civile (www.protezionecivile.gov.it).

⁴²⁶ Dichiarato grande evento con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 novembre 2007 (*Dichiarazione di “grande evento” nel territorio nazionale in occasione delle celebrazioni per il 150° Anniversario dell’Unità d’Italia*).

⁴²⁷ Dichiarato grande evento con ben otto anni di anticipo rispetto al suo inizio con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 agosto 2007, n. 27605 (*dichiarazione di “grande evento” nella città di Milano per l’Expo Universale 2015*).

⁴²⁸ I grandi eventi selezionati sono:

1. *Congresso Eucaristico nazionale, Ancona – Osimo*, 2011. Dichiarato “grande evento” con DPCM 19 marzo 2008, durante il governo Prodi bis;
2. *Vertice intergovernativo Italo-Russo*, Bari, 2007. Dichiarato “grande evento” con DPCM 16 febbraio 2007, durante il governo Prodi bis;
3. *Mondiali di nuoto «Roma 2009»*. Dichiarato “grande evento” con DPCM 14 ottobre 2005, durante il governo Berlusconi ter;
4. *150° Anniversario dell’Unità d’Italia*, 2011. Dichiarato “grande evento” con DPCM 23 novembre 2007, durante il governo Prodi bis;
5. *Expo «Milano 2015»*. Dichiarato “grande evento” con DPCM 30 agosto 2007, durante il governo Prodi bis.

regolare svolgimento della manifestazione nell'ambito di operatività delle disposizioni contenute nel comma 5 dell'art. 5-bis del decreto – legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401». Tale formulazione, però, appare priva di fondamento logico – giuridico poiché non sembrano rinvenirsi all'intero dello stesso decreto presupposti sufficienti ad «*adottare misure di carattere straordinario ed urgente*». Ciò in quanto non è condivisibile l'operato del Presidente del Consiglio dei Ministri che fa riferimento all'urgenza di intervenire in vista di un evento che avrà luogo a distanza di tempo, sovente di diversi anni⁴²⁹.

Le premesse considerate, infatti, sono quanto mai distanti da quei presupposti legati, da una parte, all'*imprevedibilità* del fatto e, dall'altra parte, alla necessità di intervenire in maniera tempestiva.

A quanto finora detto, si aggiunga la considerazione che gli eventi descritti, pur essendo tutti di natura differente, riportano premesse piuttosto simili, riferite principalmente alla caratura dell'evento, alla complessità dell'organizzazione ed al coinvolgimento di un grande numero di persone⁴³⁰. Tali premesse, assolutamente veritiere, risultano, però, eccessivamente generiche e, soprattutto, non forniscono alcuna motivazione valida per il ricorso a poteri *extra ordinem*.

La necessità di garantire assistenza sanitaria ed ordine pubblico durante un evento, non solo ampiamente previsto ma anche promosso e pianificato, non può essere demandata ad un'amministrazione provvisoria e derogatoria.

⁴²⁹ Si pone all'attenzione del lettore un'ulteriore incongruenza legata al lasso di tempo che intercorre tra la dichiarazione di grande evento e l'inizio dello stesso. In particolare, nel campione di cinque eventi richiamati nella nota 43, tale lasso di tempo è estremamente variabile da un decreto all'altro. Infatti, mentre per il Congresso religioso, i mondiali di nuoto ed i festeggiamenti per l'Unità d'Italia l'evento viene inserito nell'ambito del comma 5, art. 5-bis, d.l. 343/01 tra i tre e i quattro anni prima, nel caso del vertice internazionale intercorrono solo trenta giorni; agli antipodi rispetto ai sette anni e quattro mesi che dividono l'Expò Milano 2015 dalla dichiarazione di grande evento al suo effettivo inizio.

⁴³⁰ Ad esempio, il Presidente del Consiglio, nel dichiarare "grande evento" l'Expò Universale 2015 con il decreto 30 agosto 2007, ha ricordato che «*lo svolgimento dell'evento nella città di Milano rappresenta per l'Italia un momento di valorizzazione mondiale delle eccellenze produttive, scientifiche, economiche e culturali di tutte le regioni, province e comuni*»; mentre, per il Congresso Eucaristico nazionale di Ancona – Osimo, viene «*considerata la particolare complessità organizzativa della manifestazione, sia sotto il profilo della sicurezza, dell'ordine pubblico e della mobilità, che della ricezione alberghiera, dell'accoglienza e dell'assistenza sanitaria*». Infine, nel decreto 14 ottobre 2005, a sostegno della dichiarazione di "grande evento" dei mondiali di nuoto «*Roma 2009*», c'è, tra le altre, l'osservazione che la manifestazione in oggetto è «*di interesse mondiale e che è prevista la partecipazione di un gran numero di persone tra atleti, tecnici, rappresentanti del Comitato olimpico internazionale e spettatori*».

In sintesi, la considerazione sopracitata evidenzia, come già anticipato, importanti lacune nell'operato "ordinario" della pubblica amministrazione e, conseguentemente, l'assenza di una relazione causale tra l'evento da organizzare e le misure normative adottate. Affermazione quest'ultima fortemente corroborata anche da alcuni passaggi dei decreti analizzati, che mostrano un certo grado di confusione dell'*iter* che rende, dal punto di vista normativo, una manifestazione un "grande evento".

Ex multis, è sufficiente prendere in considerazione il decreto relativo al 150° Anniversario dell'Unità d'Italia, specificatamente la seguente premessa: «considerato che le celebrazioni del 150° Anniversario dell'Unità nazionale, da considerarsi, in via generale, quale manifestazione di elevatissima risonanza nazionale ed internazionale, determineranno l'insorgenza di problematiche di varia e complessa natura sul piano della realizzazione degli interventi, [...]». Dalla lettura di questo passo, infatti, risaltano ancora una volta un livello di approssimazione elevato («problematiche di varia e complessa natura») e, soprattutto, il fatto che si presuppone che l'evento, il quale dovrà verificarsi tre anni dopo rispetto alla firma del decreto, può creare ostacoli alla realizzazione delle infrastrutture, tanto da far ricorso ad un regime *extra ordinem*; aggirando così le regole previste per gli appalti pubblici in maniera del tutto arbitraria.

Inoltre, non è chiaro in che modo il fatto che sia principalmente il Dipartimento della Protezione Civile ad occuparsi dell'organizzazione della manifestazione possa garantire risultati migliori rispetto all'operato di un soggetto pubblico, generalmente dotato di personale più qualificato per l'amministrazione di fatti ordinari⁴³¹.

Nonostante ciò, infatti, paradossalmente accade che sia la stessa pubblica amministrazione ad invocare la dichiarazione di "grande evento" ed il conseguente trasferimento di molti poteri dagli enti pubblici alla Protezione Civile, in una sorta di deliberata deresponsabilizzazione. Quanto detto è testimoniato, ad esempio, dal DPCM 30/8/2007 relativo all'Expo 2015, nel quale il Presidente del Consiglio richiama la «nota del Sindaco di Milano del 30 luglio 2007, concernente la necessità di provvedere

⁴³¹ Fermo restando il presidio dell'evento della Protezione Civile, come soggetto deputato ad intervenire in caso di appurata emergenza.

alla dichiarazione di “grande evento” in relazione alla candidatura della città di Milano quale sede per lo svolgimento del grande evento dell’Expo Universale 2015».

Da ascrivere, infine, all’elenco delle incoerenze riscontrabili dallo studio dei “grandi eventi”, vi è sicuramente l’ingente produzione normativa ad essi legata, indice di una visione quasi “schizofrenica” della programmazione. Basti osservare i trentadue decreti necessari per condurre a termine i festeggiamenti per il 150° Anniversario dell’Unità d’Italia⁴³².

Come detto, il campione di grandi eventi estrapolato presenta la caratteristica di contenere differenti tipologie di manifestazioni e ciò può essere considerato un *vulnus* normativo, poiché alla nozione di grande evento non è stata affiancata nessuna caratteristica specifica tale da poter definire un modello standard di “grande evento”⁴³³.

Nel tempo sono state proposte numerose analisi del fenomeno⁴³⁴.

⁴³² Più nel dettaglio, si tratta di 19 decreti che si occupano direttamente o esclusivamente dell’evento (compresi i due antecedenti il DPCM 23/11/2007 di dichiarazione del “grande evento”), più tredici decreti “*omnibus*” che dedicano ad esso alcuni articoli. Non prive di fondamento le critiche legate alla tecnica di tali ultimi decreti, attraverso i quali si prevedono contestualmente variazioni a differenti ordinanze con un unico atto – generalmente denominato “*Disposizioni urgenti di protezione civile*” – contenute spesso anche disposizioni relative a nuove situazioni emergenziali. Nonostante possa infatti rappresentare una modalità procedurale molto elastica, il decreto *omnibus* pecca sul piano della chiarezza e, soprattutto, della certezza del diritto, rendendo «*estremamente difficile per l’interprete e per l’opinione pubblica ricostruire con esattezza la filiera delle misure adottate e degli interventi intrapresi per fronteggiare una determinata emergenza*» (così DUILIO L., «*Sulle ordinanze di protezione civile*», cit., pag. 100).

⁴³³ L’unico tratto ricorrente nell’amministrazione dei “grandi eventi” in regime di protezione civile è la nomina di un commissario straordinario.

⁴³⁴ *Ex multis*, ROCCELLA A., “Milano in stato di eccezione”, in www.giustamm.it, 26 febbraio 2010; MIRET C., “Expo Saragoza 2008”, Ingoprint S.A., Saragozza, 2007; SCARSI R., “Problemi e criticità gestionali dei grandi eventi: il caso dei Giochi Olimpici”, in *Economia e diritto del terziario*, n. 2/2007; DANSERO E., “Territori olimpici: geografie in competizione”, in BOBBIO L., GUALA C. (a cura di), *Olimpiadi e grandi eventi. Verso Torino 2006*, Carocci editore, Torino, 2006; VELLANO M., “I Giochi Olimpici e le competizioni sportive internazionali”, in GREPPI E., VELLANO M. (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Giappichelli, Torino, 2005; MONTANARI A., “Grandi eventi, marketing urbano e realizzazione di nuovi spazi turistici”, in *Bollettino della Società Geografica Italiana*, serie XIII, volume VII, 2002; GUALA C., “Per una tipologia dei mega eventi”, in *Bollettino della Società Geografica Italiana*, serie XII, volume VII, 2002; GILLESPIE C., “The political legacy of the Olympic Games”, relazione presentata al Symposium on the Legacy of the Olympic Games, Lausanne, Olympic Museum, novembre 2002; GNOTH J., AZIZ ANVAR S., “New Zealand bets on event tourism”, in *Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, 2000, vol. 41 (4), pagg. 72-83; ROCHE M., “Mega-Event and Modernity”, London, Routledge, 2000; HILLER H., “Mega-Events, Urban Boosterism and Growth Strategies: An Analysis of the Objectives and Legitimations of the Cape Town 2004 Olympic Bid”, in *International Journal Of Urban and Regional Research*, 24, 2, 2000; CASHMAN R. e HUGHES A. (a cura di), “*Staging the Olympics, The Event and its Impact*”, Sydney, University of New South Wales Press, 1999.

Alcuni eventi, come le Olimpiadi o i Giubilei, possono facilmente essere considerati *paradigmatici* tanto per la loro “longevità”, quanto per le ripercussioni nello spazio e nel tempo nei quali avvengono. Si pensi, in particolare, al Giubileo universale della Chiesa Cattolica, la cui origine affonda le radici nella storia⁴³⁵, che ha avuto luogo – seppur ad intervalli irregolari – senza discontinuità negli ultimi settecento anni, dando così la possibilità ai fedeli di attraversare le Porte Sante delle quattro Basiliche romane.

Tali eventi, anche in considerazione della crescente connotazione politica assunta negli anni recenti, sono perciò divenuti oggetto di studio per molte scienze come la sociologia, la politologia e la statistica e da essi sono state estrapolate alcune caratteristiche peculiari quali: il richiamo di spettatori/utenti in cifre considerevoli⁴³⁶, in parte locali, in parte «*provenienti da bacini molto ampi e diversificati*»⁴³⁷; la natura simbolico – culturale e sociale dell’avvenimento⁴³⁸; il lasso di tempo generalmente breve in cui gli eventi si verificano⁴³⁹ e lo spazio fisico delimitato, nonostante l’evento stesso «*induce spesso effetti che valicano tali confini e che possono riguardare anche un intero Paese*»⁴⁴⁰; fino ad arrivare all’adozione sempre più massiccia di tecniche di marketing sul mercato internazionale, sostenute da importanti investimenti⁴⁴¹.

Oltre che nei già citati Giubilei e Olimpiadi, i sovraesposti elementi distintivi possono essere rinvenuti anche in avvenimenti politici speciali quali i *Summit* del G8⁴⁴²,

⁴³⁵ Il primo Giubileo fu istituito con la *Bolla Antiquorum habet fidem*, emanata il 22 febbraio 1300.

⁴³⁶ Ad es., secondo le stime ufficiali in occasione delle Olimpiadi di Roma del 1960 giunsero nella capitale 5.338 atleti provenienti da ottantatré differenti nazioni più 1.234.972 spettatori (fonte: www.roma1960.it); la quindicesima edizione dei Mondiali di calcio, ospitata dagli Stati Uniti nel 1994, registrò 3.587.538 presenze agli stadi, con una media di 68.991 tifosi per partita (fonte: www.cbc.ca/sports/soccer/fifaworldcup/features/story); l’Expo di Saragozza del 2008 fu visitato da 5,6 milioni di persone (fonte: www.expozaragoza2008.ex).

⁴³⁷ Vd. GUALA C., “*Per una tipologia dei mega eventi*”, cit.

⁴³⁸ *Ex multis*, la prima Expo mondiale di Londra del 1851 racchiudeva il sentimento di fiducia positivista verso la scienza ed il progresso frutto della rivoluzione industriale.

⁴³⁹ L’intervallo temporale è comunque variabile, oscillando tra uno o pochi giorni, alcune settimane o un intero anno.

⁴⁴⁰ Vd. CAPANTINI M. “*I grandi eventi*”, cit., pag. 3.

⁴⁴¹ Così MONTANARI A., “*Grandi eventi, marketing urbano ...*”, cit.

⁴⁴² Si tratta di riunioni informali annuali dei capi di Stati e di governo di Francia, Stati Uniti, Giappone, Regno Unito, Canada, Federazione russa, Germania e Italia, organizzate al fine di discutere questioni internazionali legate principalmente all’economia, all’energia ed all’ambiente. Il G8 viene ospitato dalla nazione che in quel frangente ne ricopre la presidenza.

L’Italia ha coordinato il *Summit* in due occasioni: a Genova nel 2001 e a L’Aquila nel 2009. Si sottolinea, in particolare, come la norma deputata alla gestione del G8 del 2001 a Genova, ovvero la legge 8 giugno 2000, n. 149, abbia previsto all’articolo un regime accelerato per l’affidamento dei lavori, attraverso provvedimenti adottati «*anche in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato*». Infatti, lo stesso

sportivi speciali come la *Coppa America di Vela* o culturali come le *Capitali europee della cultura*⁴⁴³.

In estrema sintesi, si tratta di manifestazioni «*di breve durata e di alto profilo*»⁴⁴⁴ che stimolano ripercussioni di carattere politico, sociale e culturale. Tali eventi, però, presentano anche connotati divergenti nonostante numerosi autori abbiano usato, in termini quasi indifferenti per descriverli, concetti come *mega events*, *big events* o *special events*, senza perciò ricorrere «*ad un apparato concettuale e classificatorio più preciso*»⁴⁴⁵, che si sottraesse a fuorvianti sovrapposizioni.

In virtù di tali divergenze, alcuni studiosi hanno elaborato delle classificazioni che tenessero conto delle variabili che qualificano i grandi eventi, con particolare riferimento al tipo di *target* o di pubblico cui le manifestazioni sono orientate e, soprattutto, agli aspetti mediatici⁴⁴⁶. Il coinvolgimento dei *media*, infatti, è divenuto

articolo 1, al comma 3, stabilisce che «*alle procedure di scelta del contraente, negli appalti pubblici [di sistemazione urbana, di manutenzione e di arredo stradale, di realizzazione di parcheggi e di allestimento di spazi di servizio, di supporto logistico e di esposizione della ricerca tecnologica nella città di Genova], si applicano i termini abbreviati previsti per le procedure accelerate dalle vigenti disposizioni in materia*».

Per quanto concerne il G8 del 2009, invece, la sua organizzazione è stata prevista dal DPCM 21 settembre 2007 che ha dichiarato “grande evento” addirittura l’intero novero delle attività dell’anno di presidenza italiano del G8 nel 2009, nominando il Capo del Dipartimento della Protezione civile commissario delegato con il compito di curare tutti gli interventi e le iniziative necessari.

Rispetto alla realizzazione del G8 del 2001, in questo caso le deroghe risultarono più ampie e trasversali, comprendendo numerosi profili della funzione amministrativa quali il reclutamento del personale, le norme relative alle comunicazioni di avvio e di preavviso di diniego nei procedimenti amministrativi e, soprattutto, il codice degli appalti pubblici potendo aggiudicare contratti di appalto per lavori, servizi e forniture in via diretta.

⁴⁴³ Durante questo particolare evento, la città nominata *capitale europea della cultura* propone una sequenza di manifestazioni artistiche atte a valorizzare la cultura e il patrimonio locale. La nascita dell’evento risale al 22 giugno 1985 con la *Risoluzione dei ministri responsabili degli affari culturali, riuniti in sede di Consiglio del 13 giugno 1985 relativa all’organizzazione annuale della manifestazione «Città europea della cultura»*.

⁴⁴⁴ Così HILLER H., “*Mega-Events, Urban Boosterism and Growth Strategies: ...*”, cit., pag. 108.

⁴⁴⁵ Vd. GUALA C., “*Per una tipologia dei mega eventi*”, cit., pag. 2.

⁴⁴⁶ Nell’analizzare il fenomeno dei grandi eventi, sono state enunciate numerose altre variabili come la natura ed il contenuto degli eventi stessi; la scala a cui essi si muovono, in particolare nel rapporto tra risorse finanziarie investite (*budget*) e ricavate e negli effetti occupazionali; le strutture e le *facilities* utilizzate.

A queste ultime, si aggiungono gli elementi distintivi segnalati da GUALA C., “*Per una tipologia dei mega eventi*”, cit., pag. 6, ovvero:

- la dimensione della città ospitante;
- la localizzazione delle manifestazioni o delle gare e la distanza dalla città centrale;
- la struttura del sistema economico locale;
- la finalizzazione dell’evento: *localistica* vs *global*;
- la gestione dell’eredità dell’evento;
- il ciclo di vita dell’evento.

grazie al progresso tecnologico la chiave strategica per determinare il successo dell'avvenimento, tanto da far coniare il sintagma *media events*, come requisito necessario per la costruzione di un “grande evento”⁴⁴⁷.

Proprio partendo dalla “*dimensione mediale*” e dal *target* si sviluppa la tassonomia di riferimento, elaborata nel 2002, di seguito riportata⁴⁴⁸:

Tipologia di evento	Esempio	Target	Copertura TV
Eventi “ <i>mega e media</i> ”	Olimpiadi estive/invernali, finale coppa del mondo calcio	Globale	Diretta TV
Mega eventi	<i>Expo</i> mondiali	Globale	Servizi TV
Eventi sportivi speciali	Finali sportive specialistiche, mondiali di atletica, <i>Grand Prix</i> (F1), motociclismo, mondiali di sci, Giochi Panamericani, <i>America’s Cup</i> di vela	Globale e/o macro-regionale	Diretta TV
Eventi politici speciali	<i>Summits</i> internazionali (es.: G7/G8)	Globale-macro-regionale	Servizi TV
Eventi economici speciali	Fiere internazionali specialistiche (es.: salone dell’auto, <i>Motorshow</i> , <i>Euroflora</i> , <i>Floralies</i> , <i>Salone del libro</i> , <i>Salone della Nautica</i>	Internazionale/nazionale	Servizi TV
Eventi culturali speciali	Festival cinema, teatro, balletto, <i>networks</i> «città educative», «città europee della cultura», grandi mostre d’arte, <i>Tall Ships Race and</i>	Internazionale/nazionale	Servizi TV

⁴⁴⁷ Così, DE MORAGAS M., “*I Giochi Olimpici: cultura, identità e comunicazione*”, in BOBBIO L. e GUALA C. (a cura di), *Olimpiadi e Grandi Eventi. Verso Torino 2006*”, Torino, Carocci editore, 2006.

⁴⁴⁸ Vd. GUALA C., “*Per una tipologia dei mega eventi*”, cit., pag. 8.

	<i>Meetings</i>		
Eventi religiosi speciali	Giubileo (Roma), ostensione Sindone (Torino)	Globale	Servizi TV
Grandi opere	Alexanderplatz (Berlino), Millennium Dome (Londra), Guggenheim (Bilbao), Ponte Vasco Da Gama (Lisbona), recupero dei <i>waterfronts</i> (Baltimora, Barcellona, Genova)	Impatto nazionale e regionale	Servizi TV

La classificazione citata riprende e approfondisce la tassonomia elaborata da Maurice Roche nel 2000⁴⁴⁹, con l'obiettivo di correggerne alcune imperfezioni e lacune, data l'assenza nella catalogazione di Roche di appuntamenti come i *summit* internazionali o le grandi mostre d'arte o la scarsa "adattabilità" a manifestazioni di prestigio, come, ad esempio, il Festival del Cinema di Venezia. In questo senso, si può notare l'inserimento delle "grandi opere" – quali importanti opere pubbliche o manufatti urbani di pregio come indicato nell'esemplificazione dei casi afferenti alla tipologia – nell'elenco del 2002, assimilati per le implicazioni economiche e sociali ad un vero e proprio evento.

L'obiettivo di Roche prima e di Guala poi è chiaramente quello di predisporre una tassonomia onnicomprensiva utile, da una parte, ad "incanalare" tutti i grandi eventi

⁴⁴⁹ ROCHE M., "*Mega-Event and Modernity*", cit.:

Tipologia di evento	Esempio	Target/mercato	Interesse dei media
<i>Mega Event</i>	Expos, Olympics, World Cup (soccer)	Global	Global TV
<i>Special Event</i>	Grand Prix (F1), World Regional Sport (es. Pan-Am Games)	World Regional or National	International or National TV
<i>Hallmark Event</i>	National sport event (es.: Australian Games), Big City Sport/Festival)	National/regional	National TV/Local TV
<i>Community Events</i>	Rural Town Event and Local Community Event	Regional/Local	Local TV/Press/Local Press

Ripartizione a sua volta frutto della rielaborazione del lavoro di HALL C., "*The Definition and Analysis of Hallmark Events*", in *Geojournal*, 1989, 19, pagg. 263-268.

e, dall'altra parte, ad evitare sovrapposizioni⁴⁵⁰, in considerazione soprattutto delle numerose sfaccettature che possono caratterizzare gli eventi stessi⁴⁵¹.

Nonostante gli sforzi di sistematizzazione, nessuna delle classificazioni proposte è confluita nell'ordinamento italiano, con il risultato che è ancora oggi impossibile addivenire ad una definizione giuridica generale dei grandi eventi.

Questo perché, innanzitutto, i materiali di diritto positivo, sia nazionali che comunitari, non trattano i grandi eventi come un principio generale ed astratto, ma piuttosto utilizzano l'espressione "grande evento" in chiave solamente descrittiva di singole e specifiche manifestazioni⁴⁵².

⁴⁵⁰ Un primo elaborato esempio di classificazione, seppur "settoriale", era già stato proposto da ESSEX S., CHALKLEY B., *"Olympic Games: catalyst of urban change"*, in *Leisure Studies*, 17, 1998, i quali hanno concepito una distinzione delle Olimpiadi su tre livelli attraverso la discriminante dell'impatto territoriale dei Giochi. Sono quindi stati formalizzati i giochi a basso, medio e forte impatto a seconda dell'intensità delle modifiche apportate al tessuto urbano.

⁴⁵¹ Tra le tante, la variabile "costo" costituisce, ad esempio, un importante ordine di grandezza anche per lo studio di fattibilità della manifestazione operato dagli organizzatori. GUALA C., *"Per una tipologia dei mega eventi"*, cit., riporta uno schema che associa ad alcuni eventi il *budget* di partenza:

Evento	Coinvolgimento	Budget di partenza
Olimpiadi estive	Oltre 10.000 atleti	5.000-6.000 milioni di euro
Olimpiadi invernali	2.000-2.500 atleti. Famiglia olimpica 40-50.000 membri	800-900 milioni di euro
G7/G8	Delegazioni, 5.000 giornalisti	70-90 milioni di euro
Città europea della cultura	Turisti, giornalisti	60-80 milioni di euro
Tall Ships Race	Visitatori 1.000.000	500.000 euro
Euroflora	Visitatori 800.000	Budget contenuto

La valutazione *ex ante* del costo dell'evento andrebbe completata da un consuntivo per ottenerne un'analisi costi/benefici, ma si riscontrano due ordini di ostacoli. In primo luogo, mentre i costi si imputano alla costruzione delle infrastrutture ed all'erogazione dei servizi – peraltro non sempre ad utilizzo riservato all'evento – per quanto concerne i ricavi, questi sono il conteggio della vendita dei biglietti di ingresso. Spesso, però, per la fruizione di una grande quantità di manifestazioni e spettacoli proposti non è richiesto alcun pagamento, nonostante il costo per la loro realizzazione. In questo modo si creano sovente deficit di bilancio che conducono al secondo ostacolo alla realizzazione di una valutazione *ex post*, ovvero alla volontà politica di non far emergere tale deficit onde evitare un danno d'immagine dei partiti e delle parti sociali che hanno promosso l'evento.

⁴⁵² Per quanto concerne le fonti primarie, si può fare riferimento al Decreto – legge 25 giugno 2008, n. 112 (*«Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»*), laddove all'articolo 14 si fa riferimento al *«"grande evento" EXPO Milano 2015»*; oppure alla legge 7 agosto 1997, n. 270 (*«Piano degli interventi di interesse nazionale relativi a percorsi giubilari e pellegrinaggi in località al di fuori del Lazio»*), con la quale il legislatore istituisce l'*«Ufficio per Roma Capitale e Grandi eventi»*, rinominando e ampliando l'Ufficio del programma per Roma Capitale creato con la legge n. 396/1990. *Contra*, la legge 27 dicembre 2006 (*«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)»*) identifica i Giochi Olimpici del 2008 come un *«evento sportivo di rilevanza internazionale»* e non come "grande evento".

In questo modo, gli eventi sono definiti e disciplinati ciascuno in maniera del tutto autonoma da numerosi fonti normative secondarie, le quali, però, non consentono una ricostruzione *dal particolare al generale* della nozione di “grande evento”. Neppure la dottrina e la giurisprudenza, inoltre, sembrano aver controbilanciato in maniera sostanziosa tale lacuna.

In ultima analisi è la norma che ha introdotto i grandi eventi nell’ordinamento – il d.l. 343/01 – a fornire l’unico contributo utile in chiave definitoria, ascrivendo a simili appuntamenti il connotato di essere «*diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza*»⁴⁵³. Rimane comunque una caratteristica indicata in *negativo* rispetto al carattere emergenziale tipico dell’amministrazione di calamità e catastrofi e perciò largamente inadeguata per qualificare i “grandi eventi” a norma di legge.

La *species* di tali eventi, infatti, sembra non appartenere al *genus* delle calamità naturali, contrariamente a quanto sostenuto dal direttore del Dipartimento della Protezione Civile nel corso della già richiamata interpellanza parlamentare del 15 aprile 2010⁴⁵⁴. In quell’occasione, precisamente, fu affermato che l’art. 5-bis del d.l. n. 343/2001 avrebbe «*enucleato una volta per tutte il principio già esistente nella normativa vigente, ovverosia che la disciplina afferente agli eventi calamitosi si applica anche ai cosiddetti “grandi eventi” essendo questi ultimi una partizione della categoria residuale degli “altri eventi”*».

In tal modo, il riferimento alla «*disciplina afferente agli eventi calamitosi*» richiama un’interpretazione “allargata” della tassativa lista di avvenimenti contenuta nell’art. 2, lett. c) della l. n. 225/1992⁴⁵⁵ fissando un rapporto tra “grande evento” e calamità naturali risolvibile secondo il criterio di specialità.

La lettura del Governo del 2010, però, appare un *iter* analogico non percorribile, data la rilevante lontananza tra le caratteristiche dei grandi eventi e quelle degli

⁴⁵³ Il testo normativo appartiene al comma 5 dell’articolo 5-bis del d.l. n. 343/2001, oggi abrogato, come segnalato all’inizio del presente paragrafo, dall’articolo 40-bis della legge 24 marzo 2012, n. 27 (vedi nota ???).

⁴⁵⁴ BERTOLASO G., Risposta del Governo ad interpellanza urgente, Camera dei Deputati, seduta del 15 aprile 2010, n. 2-00647, cit.

⁴⁵⁵ Si tratta di «*calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*».

avvenimenti calamitosi, aspetto peraltro già ampiamente dimostrato nelle pagine precedenti.

Per quanto possa trattarsi di un'ipotesi residuale, infatti, la definizione degli "altri eventi" della lettera c), art. 2, l. 225/92, va comunque informata ad un criterio di graduale omogeneità, partendo dai fenomeni che sfuggono alla volontà ed al controllo umano⁴⁵⁶. L'effetto è quello di far scaturire l'interpretazione controversa del "grande evento" come un *genus* innovativo rispetto agli "altri eventi" che però ha in comune con questi ultimi – e conseguentemente con tutte le circostanze enumerate nell'art. 2, l. n. 225/1992 – il fatto di porre in essere il regime d'eccezione e di legittimare l'uso del potere di ordinanza previsto dalla legge sulla protezione.

L'impegno della scienza di settore ad inquadrare la natura giuridica dei "grandi eventi" sembra quindi non riuscire a produrre una soluzione univoca.

A ciò ha notevolmente contribuito, come detto, l'assenza di una fonte legislativa che contenesse una nozione "universale" delle manifestazioni in oggetto. L'enunciazione maggiormente fruibile di tali eventi è desumibile, per analogia, dal concetto di *evento di particolare rilevanza per la società*, contenuto nella delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazione del 9 marzo 1999, n. 8⁴⁵⁷.

Il documento menzionato, connesso alla fornitura di servizi audiovisivi rilevanti sul piano del diritto all'informazione, allo scopo di determinare il perimetro dell'evento congiunge «l'importanza oggettiva dell'avvenimento con l'interesse generale alla sua

⁴⁵⁶ In questo senso, MARAZZITA G., "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", cit., pag. 31, ha sviluppato una scala di accadimenti suddivisa nelle seguenti quattro categorie:

- 1) i fatti naturali, che hanno un'origine interamente naturale (terremoti, alluvioni, eruzioni vulcaniche, frane) e provocano effetti antigiusuridici nell'ordinamento;
- 2) le crisi ambientali, che sono causate dall'interazione fra uomo ed ecosistema (incidenti industriali, contaminazioni, inquinamenti di falde acquifere, incendi, epidemie) e vengono subite dalla comunità;
- 3) le emergenze sociali, che sono causate da condotte interamente umane (crisi idriche o alimentari, emergenze nei trasporti, immigrazioni di massa, esodi, atti terroristici) ma che pure sono patite dal corpo sociale;
- 4) i grandi eventi, non solo causati da condotte umane, ma espressamente voluti e organizzati in quanto ritenuti utili dal profilo sociale, economico o politico.

Lo stesso autore ha quindi posto l'attenzione sull'impossibilità di dilatare il *genus* delle calamità fino ad includere la categoria dei grandi eventi.

⁴⁵⁷ AGCOM Delibera n. 8/99 – *Lista degli eventi di particolare rilevanza per la società da trasmettere su canali televisivi liberamente accessibili*.

visione»⁴⁵⁸ attraverso la rispondenza dell'evento stesso ad espresse condizioni generali⁴⁵⁹.

Nonostante sia riferita ad un aspetto cruciale come la copertura dell'evento da parte dei *mass media*⁴⁶⁰, tuttavia la nozione che ne può scaturire rimane frammentaria non contemplando altri elementi organizzativi; in più, la delibera, seppur attuativa di una direttiva comunitaria⁴⁶¹, rimane un atto squisitamente amministrativo, emanato da un'autorità di regolazione come l'AGCOM.

Nell'alveo delle criticità legate all'utilizzo indiscriminato delle ordinanze di protezione civile, infine, rientra il fatto che per la dichiarazione di "grande evento" è sufficiente la sola volontà del Presidente del Consiglio dei Ministri e non dell'intero Governo in carica.

Sebbene nella prassi applicativa sia sempre intervenuto il passaggio in Consiglio dei Ministri precedentemente all'adozione di qualsivoglia decreto d'emergenza, l'articolo 5 del decreto legge n. 343 del 2001 concentra tutte le responsabilità – ed i relativi poteri – in materia di protezione civile e di grandi eventi in capo al Presidente del Consiglio. Da ciò si giunge alla *«circostanza paradossale per cui il procedimento instaurativo dello stato di emergenza è più garantito di quello necessario a dichiarare un grande evento: infatti nel primo caso è giuridicamente necessaria una delibera del*

⁴⁵⁸ Vd. CAPANTINI M. "I grandi eventi", cit., pag. 8.

⁴⁵⁹ Le condizioni sono previste dal comma 2 dell'articolo 1 della delibera, il quale dispone: «Per "evento di particolare rilevanza per la società" si intende un evento, sportivo o non sportivo, che soddisfi almeno due delle seguenti quattro condizioni:

- a) l'evento e i suoi esiti godono di risonanza speciale e generalizzata in Italia ed interessano altre persone oltre a quelle che normalmente seguono in televisione il tipo di evento in questione;
- b) l'evento gode da parte della popolazione di un riconoscimento generalizzato, riveste una particolare importanza culturale ed è un catalizzatore dell'identità culturale italiana;
- c) l'evento coinvolge la squadra nazionale di una determinata disciplina sportiva in un torneo internazionale di grande rilievo;
- d) l'evento è stato tradizionalmente trasmesso sulla televisione non a pagamento e ha raccolto un ampio pubblico di telespettatori in Italia».

⁴⁶⁰ Già ROCHE M., "Mega-Event and Modernity", cit., nella sua tassonomia aveva tributato grande importanza al profilo mediatico delle manifestazioni, considerandolo, insieme al *target*, la discriminante fondamentale.

⁴⁶¹ Si tratta della direttiva del Consiglio 85/558/CE del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

*Consiglio dei Ministri*⁴⁶², mentre nel secondo il Presidente del Consiglio potrebbe adottare il d.P.C.M. anche in base ad una decisione monocratica»⁴⁶³.

3.2. L'alterazione della concorrenza e le criticità derivanti dall'uso distorto del principio dell'emergenza

La nozione di grande evento, così come delineata nel paragrafo precedente, crea turbative del mercato che si traducono in una sistematica alterazione della libera concorrenza. Dal punto di vista economico, infatti, gli interventi emergenziali attuati in forza di ordinanze in deroga costituiscono, come è stato riscontrato, canali privilegiati per affidamenti – anche di notevole importo – spesso svincolati non solo dal rispetto delle ordinarie regole procedurali, ma anche da ogni controllo, preventivo, *in itinere* ed *ex post*. In un simile scenario vi è il serio pericolo di rendere il sistema di mercato non più coerente con il principio di parità di trattamento degli operatori del settore, con tutte le gravissime conseguenze che ciò comporta sia in termini di malcontento degli operatori che di perdite economiche e maggiore spesa⁴⁶⁴.

Alla luce di quanto finora esposto, risulta notevolmente significativo un passaggio dell'Atto di segnalazione dell'AVCP del 16 giugno 2010⁴⁶⁵ nel quale l'Autorità indipendente prospetta – con l'obiettivo di rispettare i principi di trasparenza e concorrenza nelle situazioni di emergenza o di eccezionalità legate ai grandi eventi – una particolare modalità di affidamento dei contratti pubblici, esattamente l'esperimento di una gara informale a cui siano invitati, dove possibile, almeno cinque operatori economici⁴⁶⁶.

⁴⁶² Così come disciplinato dal comma 1, articolo 5 – *Stato di emergenza e potere di ordinanza* – della legge 24 febbraio 1992, n. 225 nella parte di seguito riportata: «Al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri [...], delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi, [...]».

Si ricorda che la lettera c), comma 1, art. 2, l. n. 225/1992 è stata modificata dal decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, analizzato al capito ??? del presente scritto.

⁴⁶³ MARAZZITA G., «Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza», cit., pag. 36.

⁴⁶⁴ Così Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2009*, Roma, Camera dei Deputati – 22 giugno 2010, pag. 178.

⁴⁶⁵ Avente ad oggetto «Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici – Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sulla predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99».

⁴⁶⁶ AVCP, Atto di segnalazione 16/3/2012, par. 3.5 («Le procedure emergenziali»).

L'opacità delle procedure per l'organizzazione degli interventi in deroga non ha ovviamente risparmiato l'aspetto finanziario degli stessi; tanto da costringere il legislatore ad intervenire con il decreto – legge 29 dicembre 2010, n. 225⁴⁶⁷ sul quadro normativo. Precisamente, l'articolo 2 («*Proroghe onerose di termini*») del D.L. n. 225/2010 ha, *in primis*, operato sostanziali modifiche alla legge n. 225/1992 – di istituzione, si ricorda, del Servizio nazionale della protezione civile – e ad altre disposizioni di legge correlate e, in secondo luogo, ha introdotto nell'articolo 5⁴⁶⁸ della citata L. 225/92 tre nuovi commi⁴⁶⁹, atti a meglio definire e limitare il potere di spesa connesso agli interventi emergenziali.

⁴⁶⁷ «*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*» (c.d. «Milleproroghe» – Gazzetta Ufficiale n. 303 del 29 dicembre 2010) convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (Gazzetta Ufficiale n. 47 del 26 febbraio 2011).

⁴⁶⁸ Rubricato «*Stato di emergenza e potere di ordinanza*».

⁴⁶⁹ Il 5-quater, 5-quinquies e 5-sexies introdotti con il comma 2-quater, art. 2, D.L. 225/2010:

«All'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, dopo il comma 5-ter sono inseriti i seguenti:

"5-quater) A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, il Presidente della regione interessata dagli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), qualora il bilancio della regione non rechi le disponibilità finanziarie sufficienti per effettuare le spese conseguenti all'emergenza ovvero per la copertura degli oneri conseguenti alla stessa, è autorizzato a deliberare aumenti, sino al limite massimo consentito dalla vigente legislazione, dei tributi, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote attribuite alla regione, nonché ad elevare ulteriormente la misura dell'imposta regionale di cui all'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 21 dicembre 1990, n. 398, fino a un massimo di cinque centesimi per litro, ulteriori rispetto alla misura massima consentita.

5-quinquies) Qualora le misure adottate ai sensi del comma 5-quater non siano sufficienti, ovvero in tutti gli altri casi di eventi di cui al comma 5-quater di rilevanza nazionale, può essere disposto l'utilizzo delle risorse del Fondo nazionale di protezione civile. Qualora sia utilizzato il fondo di cui all'articolo 28 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, il fondo è corrispondentemente e obbligatoriamente reintegrato in pari misura con le maggiori entrate derivanti dall'aumento dell'aliquota dell'accisa sulla benzina e sulla benzina senza piombo, nonché dell'aliquota dell'accisa sul gasolio usato come carburante di cui all'allegato I del testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative, di cui al decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, e successive modificazioni. La misura dell'aumento, comunque non superiore a cinque centesimi al litro, è stabilita con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle dogane in misura tale da determinare maggiori entrate corrispondenti all'importo prelevato dal fondo di riserva. La disposizione del terzo periodo del presente comma si applica anche per la copertura degli oneri derivanti dal differimento dei termini per i versamenti tributari e contributivi ai sensi del comma 5-ter.

5-sexies) Il Fondo di cui all'articolo 28 del decreto-legge 18 novembre 1966, n. 976, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 dicembre 1966, n. 1142, può intervenire anche nei territori per i quali è stato deliberato lo stato di emergenza ai sensi del comma 1 del presente articolo. A tal fine sono conferite al predetto Fondo le disponibilità rivenienti dal Fondo di cui all'articolo 5 della legge 31 luglio 1997, n. 261. Con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nel rispetto della disciplina comunitaria, sono individuate le aree di intervento, stabilite le condizioni e le modalità per la concessione delle garanzie, nonché le misure per il contenimento dei termini per la determinazione della perdita finale e dei tassi di interesse da applicare ai procedimenti in corso".».

In precedenza, rispetto alle summenzionate modifiche legislative, infatti era assai arduo ricostruire l'effettiva dimensione della spesa direttamente o indirettamente imputabile alla Protezione civile. Per gli interventi straordinari, infatti, le ordinanze attingevano solamente in parte al "*Fondo di protezione civile*" ed agli altri fondi iscritti al bilancio del Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio, poiché era possibile che si ricorresse a risorse iscritte a bilancio di altri ministeri, di regioni o enti locali, a rifinanziamenti in corso d'anno, ai Fondi per le aree sottoutilizzate (FAS) od ai Programmi operativi regionali (POR), a fondi stanziati dal CIPE, a donazioni ed atti di liberalità, a contabilità speciali di protezione civile già aperte e variamente riutilizzate.

Nonostante la possibilità di impegnare queste somme ulteriori tramite ordinanze – dacché si richiedeva una variazione al bilancio dello Stato – necessitasse di una previa autorizzazione legislativa, nella prassi tale autorizzazione era quasi sempre contenuta in decreti-legge *omnibus*, i quali a loro volta rinviavano, per quanto concerneva le modalità della loro attuazione, ad ordinanze di Protezione civile, generando così un *iter* procedurale quanto mai controverso e disorganico⁴⁷⁰. In più, laddove i fondi da impegnare erano iscritti a bilancio di enti territoriali o fossero in origine destinati ad impieghi in regioni individuate – come i fondi per le aree sottoutilizzate – occorreva, oltre all'autorizzazione legislativa, anche una previa intesa con l'ente interessato; del pari, ove si trattasse di risorse di altri ministeri, si ricorreva ad atti di concerto.

In sintesi, non vi erano unitarie forme di annotazione contabile della totalità delle risorse intermedie dalla protezione civile che potessero consentire di ricostruire compiutamente l'ammontare complessivo di queste operazioni; ad una più precisa rendicontazione non conduceva neanche il censimento delle singole ordinanze, in quanto in almeno un caso su quattro le somme non erano quantificate con chiarezza o venivano indicate con un mero rinvio ad altre fonti. Gli unici dati che si potevano presentare, per quanto parziali, erano quelli tratti dai bilanci preventivi e dal conto finanziario della Presidenza del Consiglio; cui si aggiungevano i dati relativi alle somme stanziati per le gare d'appalto, censite dall'Autorità per la vigilanza sui contratti

⁴⁷⁰ A seconda dei casi, oltre che mediante riassegnazioni di somme inizialmente destinate ad altro fine, la copertura finanziaria per i nuovi interventi poteva essere garantita anche per il tramite di nuove entrate (ad es., nuove lotterie).

pubblici: così facendo si è potuto verificare che i consuntivi d'anno segnavano non di rado valori anche doppi rispetto alle previsioni originarie⁴⁷¹.

Alla luce, quindi, delle criticità legate alla gestione finanziaria appena descritte, il legislatore ha imposto adeguate regole tecniche. A distanza di pochi mesi dall'emanazione del D.L. 225/10, è intervenuto nel merito anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la Direttiva 14 marzo 2011⁴⁷², avente ad oggetto le disposizioni di attuazione del D.L. n. 225/2010, con particolare riferimento agli indirizzi per lo svolgimento di attività propedeutiche alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri da adottare ai sensi dell'art. 5, comma 1, legge n. 225/92 e per la predisposizione ed attuazione delle ordinanze emergenziali.

In base alle nuove previsioni, le ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza devono, in primo luogo, essere emanate di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze per ciò che concerne gli aspetti di carattere finanziario⁴⁷³.

Una sola eccezione è prevista dalla Direttiva PCM 14/3/2011: nei casi di estrema urgenza – dove è in essere il rischio di compromissione della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente – *«l'espressione del concerto potrà essere resa su singole disposizioni che potranno avere autonomo corso rispetto a quelle i cui contenuti non godono del presupposto dell'effettiva emergenza e, quindi, della maggiore urgenza.*

In tali casi di somma urgenza, l'espressione del concerto potrà essere modulata dal Presidente del Consiglio, tramite il Dipartimento della protezione civile, avuto riguardo agli interessi, costituzionalmente tutelati, complessivamente incisi mediante l'azione o il ritardo nell'azione di protezione civile, sicché anche eventuali impedimenti evidenziatisi nel corso dell'iter volto alla realizzazione del coordinamento interno allo Stato non dovranno precludere l'esercizio della funzione di protezione civile

⁴⁷¹ Si era addirittura giunti al paradosso in base al quale ad una tendenza a contrarre gli stanziamenti di bilancio faceva fronte la tendenza all'aumento delle spese finali rilevate a consuntivo.

⁴⁷² Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 120 del 25 maggio 2011.

⁴⁷³ Così come previsto dal nuovo articolo 5, comma 2, legge 24 febbraio 1992, n. 225 integrato dal comma 2-quinquies, lett. a), D.L. n. 225/1990. La Direttiva del Presidente del consiglio dei Ministri del 14 marzo 2011 chiarisce che il concerto sugli aspetti finanziari viene espresso dal Ministro dell'Economia e delle Finanze preventivamente rispetto all'acquisizione della relativa intesa regionale, in modo da assicurare sulle questioni di protezione civile una posizione unitaria del plesso statale nei rapporti con le amministrazioni regionali. Qualora, poi, in fase di intesa il testo del provvedimento dovesse subire emendamenti rispetto alla versione precedentemente concertata, dovrà necessariamente riaprirsi la procedura di concertazione.

complessivamente intesa. In tal modo, spetterà al Presidente del Consiglio dirimere, ai sensi dell'art. 95 della Costituzione, eventuali problematiche intervenute nel livello statutale»⁴⁷⁴.

Per quanto concerne la trasparenza del flusso informativo, i commissari titolari di contabilità speciali⁴⁷⁵ – in base al comma 2-octies, art. 2, D.L. 225/10 – hanno l'obbligo di trasmettere i rendiconti⁴⁷⁶ all'Ufficio centrale del bilancio presso il Ministero dell'economia e delle finanze per il controllo e per il successivo inoltro alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, all'ISTAT e alla competente sezione regionale della Corte dei conti⁴⁷⁷.

Oltre a ciò, l'innovazione più profonda operata dagli interventi normativi in oggetto, consiste nel fatto che la dichiarazione dello stato di emergenza viene direttamente collegata ad un dovere di spesa in capo alle regioni. L'introduzione dei nuovi commi 5-*quater* e 5-*quinqües*⁴⁷⁸, art. 5, L. n. 225/92, nonché i chiarimenti forniti dalla citata Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 marzo 2011⁴⁷⁹, non lasciano dubbi sul fatto che sia la regione o le regioni direttamente interessate (nel caso di più regioni pro-quota) dall'evento a doversi fare carico del reperimento delle risorse necessarie a far fronte ai fabbisogni occorrenti.

In altre parole, in queste circostanze il legislatore programma che, innanzitutto, le risorse siano individuate dalla regione – o dalle regioni – coinvolte all'interno del proprio bilancio⁴⁸⁰. In secondo luogo, qualora il bilancio non rechi tale disponibilità, la

⁴⁷⁴ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 marzo 2013, pag. 11.

⁴⁷⁵ Ovvero funzionari e commissari delegati, commissari di Governo o in qualunque modo denominati, nominati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, autorizzati alla gestione di fondi statali, titolari di contabilità speciali per la realizzazione di interventi, programmi e progetti o per lo svolgimento di particolari attività.

⁴⁷⁶ Predisposti nei termini e secondo le modalità di cui all'articolo 5, comma 5-bis, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, così come modificato – tra gli altri – dal comma 2-*quinqües*, lett. b), dell'art. 2, D.L. 225/10.

⁴⁷⁷ Vedi anche Direttiva PCM 14/3/2011, pag. 13.

⁴⁷⁸ Vedi nota 91.

⁴⁷⁹ Pagg. 7 e seguenti.

⁴⁸⁰ Secondo la Direttiva PCM 14/3/2011, pag. 6: «*Tali eventi, inoltre, per quanto di portata nazionale per risonanza, ricadute, caratteristiche proprie dell'evento in sè, pur richiedendo mezzi e poteri straordinari, in ogni caso interessano solo una data, precisa porzione del territorio nazionale. Ne consegue, perciò, che uno di tali eventi potrà riguardare il perimetro di una sola regione ovvero quello di due o più regioni.*

*Dato ciò, occorre allora considerare che, per il combinato disposto dei citati commi 5-*quater* e 5-*quinqües*, a fronte di uno di siffatti eventi, è la Regione esclusivamente interessata ovvero sono le*

norma permette alle regioni di deliberare aumenti dei tributi, delle addizionali, delle aliquote, ovvero delle maggiorazioni di aliquote fino al limite massimo consentito dalla legislazione vigente o, infine, se ancora in tal modo non è garantito il reperimento di tutte le disponibilità⁴⁸¹ le regioni hanno facoltà di aumentare l'imposta regionale sulla benzina. È quindi opportuno sottolineare che il finanziamento regionale dell'intervento rappresenta un dovere – e non una possibilità – in quanto la possibilità di appellarsi alle risorse del Fondo nazionale di protezione civile è consentita solamente qualora le misure adottate dalle regioni interessate non siano sufficienti. È questa, peraltro, l'interpretazione fornita dalla menzionata Direttiva PCM 14 marzo 2011, la quale precisa che le amministrazioni regionali possono chiedere il sostegno del Fondo nazionale di protezione civile solo attestando di avere concretamente esperito le iniziative di propria competenza e per la differenza di fabbisogno tra quanto reperito per mezzo di proprie iniziative e quanto necessario per la copertura degli oneri per l'intervento emergenziale⁴⁸².

Infine, qualora tale Fondo nazionale non sia sufficientemente capiente, il Dipartimento della protezione civile può inoltrare al Ministero dell'Economia e delle Finanze una richiesta motivata di attivazione del *Fondo di riserva per le spese impreviste*⁴⁸³, fornendo al Ministero tutti gli elementi che giustificano l'impossibilità per

Regioni interessate (in tal caso pro-quota), a doversi fare carico in primo luogo del reperimento delle risorse finanziarie necessarie a fare fronte ai fabbisogni occorrenti».

⁴⁸¹ Anche in considerazione dell'eventuale raggiungimento dei limiti massimi di spesa consentiti alle regioni dalla legislazione vigente.

⁴⁸² Condizione quest'ultima non esplicitata dal comma 5-quinquies, art. 2, D.L. n. 225/2010.

⁴⁸³ Previsto dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Gazzetta Ufficiale n. 303 del 31-12-2009 - Suppl. Ordinario n. 245) – «Legge di contabilità e finanza pubblica» – all'articolo 28:

«1. Nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze è istituito, nella parte corrente, un "fondo di riserva per le spese impreviste" per provvedere alle eventuali deficienze delle assegnazioni di bilancio, che non riguardino le spese di cui all'articolo 26 e che, comunque, non impegnino i bilanci futuri con carattere di continuità.

2. Il trasferimento di somme dal fondo di cui al comma 1 e la loro corrispondente iscrizione ai capitoli di bilancio hanno luogo mediante decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, da registrare alla Corte dei conti, e riguardano sia le dotazioni di competenza sia quelle di cassa dei capitoli interessati.

3. Allo stato di previsione della spesa del Ministero dell'economia e delle finanze è allegato un elenco da approvare, con apposito articolo, con la legge del bilancio, delle spese per le quali si può esercitare la facoltà di cui al comma 2.

4. Alla legge di approvazione del rendiconto generale dello Stato è allegato un elenco dei decreti di cui al comma 2, con le indicazioni dei motivi per i quali si è proceduto ai prelevamenti dal fondo di cui al presente articolo».

l'amministrazione regionale di fronteggiare autonomamente l'impegno finanziario necessario alla gestione dell'emergenza⁴⁸⁴.

Infine, il D.L. n. 255/2010 allaccia, sempre nell'art. 5 della legge n. 225/1992, un elemento di trasparenza attraverso il divieto dei girofondi tra le contabilità speciali⁴⁸⁵.

Le novità normative in tema di contenimento dei finanziamenti delle operazioni in regime derogatorio sembrano aver prodotto utili risultati poiché da un confronto con gli stanziamenti per gli anni precedenti il 2011, a fronte del progressivo incremento del numero delle ordinanze emesse (49 ordinanze nel 2009, 51 nel 2010 e 72 nel 2011), si conferma la tendenza alla diminuzione della spesa stanziata che si è ridotta di 692.590.309,67 euro e, dunque, di oltre mezzo miliardo di euro⁴⁸⁶. Nonostante ciò, è importante segnalare che la Corte Costituzionale, con sentenza 16 febbraio 2012, n. 22 (Gazzetta Ufficiale n. 8 del 22 febbraio 2012) ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 2-quater, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 26 febbraio 2011, n. 10, nella parte in cui introduce i commi 5-quater e 5-quinquies, primo periodo, nell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225».

In virtù di quanto fin qui commentato, è possibile sostenere che nella quasi totalità dei casi in cui il principio dell'emergenza è stato applicato ad una fattispecie di evento ampiamente prevedibile, non si sono avuti gli effetti aspettati, anche per quanto riguarda le procedure in deroga di aggiudicazione poste in essere dalle amministrazioni appaltanti, rivelatesi fallimentari – tanto sul piano dei costi, quanto sul rispetto dei tempi di consegna – con significative conseguenze sull'intero *iter* realizzativo delle opere. È possibile, infatti, raccogliere elementi probanti delle criticità emerse nei vari grandi eventi succedutisi nel corso degli ultimi anni.

⁴⁸⁴ Vedi Direttiva PCM 14/3/2011, pag. 8.

⁴⁸⁵ Lettera b), punto 2), comma 2-quinquies, art. 2.

⁴⁸⁶ Vedi Relazione Annuale AVCP al Parlamento del 2011, pagg. 297 e seg.

Per i Giochi olimpici invernali che si sono svolti nella città di Torino nel 2006⁴⁸⁷, ad esempio, si sono avute alcune importanti incertezze, che comprendono la gestione delle cosiddette *opere connesse* e l'amministrazione dei fondi stanziati per la manifestazione⁴⁸⁸.

Nel primo caso, quello delle opere connesse, l'articolo 1 della legge n. 285 del 2000 ha previsto ed in gran parte finanziato, accanto alle oltre sessanta realizzazioni fondamentali per il pieno svolgimento dei Giochi, l'esecuzione di una ragguardevole cifra di interventi in *rapporto di connessione* con l'evento sportivo⁴⁸⁹: una programmazione iniziale di settantasette opere, successivamente articolata in diversi

⁴⁸⁷ Dichiarati "grande evento" con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2005 (Gazzetta Ufficiale n. 139 del 17 giugno 2005) – «*Disposizioni urgenti di protezione civile per lo svolgimento dei Giochi olimpici invernali Torino 2006*».

⁴⁸⁸ In ordine a tale evento venne varata una apposita Legge 9 ottobre 2000 n. 285 (Gazzetta Ufficiale n. 242 del 16 giugno 2000) – «*Interventi per i Giochi olimpici invernali "Torino 2006"*», in seguito integrata in particolare ad opera del Decreto – legge 31 gennaio 2005, n. 7 (Gazzetta Ufficiale n. 24 del 31 gennaio 2005) – «*Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, e per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione, nonché altre misure urgenti*», convertito con Legge 31 marzo 2005, n. 43 (Gazzetta Ufficiale n. 75 del 1 aprile 2005), art. 7-septies.

⁴⁸⁹ La valutazione di connessione era dichiarata – sempre ex art. 1, l. 285/2000 – «*con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa intesa con il presidente della regione Piemonte, previo parere del Comitato organizzatore dei Giochi olimpici*».

È da osservare che la normativa di riferimento (legge n. 285/2000 e s.m.) non ha definito preventivamente i criteri per la selezione delle opere connesse, né ha stabilito il concetto di "connessione" all'evento olimpico a cui dette opere dovevano corrispondere.

La Regione Piemonte ha pertanto individuato alcuni criteri per selezionare le opere da dichiarare connesse ai sensi dell'art 1 comma 1 della citata legge n. 285/2000, «*anche ai fini di rendere immediatamente trasparente e certo il percorso autorizzativo degli interventi anche nel rispetto degli indirizzi della VAS (Valutazione Ambientale Strategica)*».

In particolare:

- che l'intervento avesse la piena copertura finanziaria, anche attraverso specifici programmi di cofinanziamento da affiancare al finanziamento statale (*criterio di copertura finanziaria*);
- che l'opera potesse essere conclusa in tempi compatibili con l'inizio dei giochi (*criterio di connessione temporale*).

In particolare, quest'ultimo criterio lasciava intendere che, sebbene non sussistesse un nesso di funzionalità diretto di queste opere con lo svolgimento dei giochi, nondimeno si stabiliva una qualche "funzione propedeutica", per cui i lavori dovevano essere ultimati prima dell'inizio dell'evento sportivo.

A dispetto di ciò, la formazione degli elenchi non è stata effettuata tramite il confronto con le priorità espresse negli strumenti di programmazione e pianificazione già presenti, sia a scala territoriale che locale (dai piani di assetto idrogeologico ai programmi delle opere pubbliche dei singoli enti) e nell'attuazione del programma delle opere connesse, a causa del ritardo nell'ultimazione degli interventi e del loro differimento alla fase post-olimpica, è venuto meno il rapporto di tali opere con l'evento sportivo.

Restano non chiare le motivazioni che hanno guidato la selezione delle opere da realizzare, visto che non è riconoscibile la loro relazione né con l'evento olimpico, né con le pregresse esigenze di infrastrutturazione o di messa in sicurezza del territorio espresse dalle comunità locali e dagli organi tecnici competenti (come, ad esempio, le Autorità di bacino).

progetti a scala locale, fino a raggiungere oltre cento progetti da porre a base d'appalto⁴⁹⁰.

Nonostante il termine previsto per ultimare il progetto di tutti gli interventi considerati fosse stato fissato entro l'autunno del 2003, alla data di svolgimento dei Giochi il programma delle settantasette opere affidato all'attuazione degli Enti locali, delle ASL e delle società di diritto privato presentava un consistente ritardo, dato che meno della metà degli interventi erano stati conclusi⁴⁹¹. In questo modo disattendendo il nesso causale del programma di interventi delle opere connesse con l'evento olimpico, che era appunto uno dei criteri alla base della selezione delle opere da realizzare⁴⁹².

La criticità legata allo scostamento dei risultati rispetto agli obiettivi previsti si accentua quando si considera il fatto che le opere connesse sono state assoggettate alla disciplina del citato D.L. n. 7/2005, che aveva introdotto particolari norme derogatorie al regime dei lavori pubblici in materia di affidamento e di varianti in corso d'opera, al fine di consentire l'accelerazione delle procedure ed il tempestivo completamento delle opere olimpiche⁴⁹³. Per quanto concerne il costo complessivo stimato del programma di opere, infine, questi ha subito un serio incremento, passando da 356 milioni⁴⁹⁴ a 370,69 milioni di Euro.

Sempre a conferma del fatto che il ricorso a procedure in deroga non sortisce effetti migliori rispetto alle procedure di aggiudicazione ordinarie, si può fare riferimento al 150° Anniversario dell'Unità d'Italia; grande evento grazie al DPCM 23/10/2007. L'organizzazione della manifestazione, che ha aperto cantieri in tutto il

⁴⁹⁰ Furono individuati anche i soggetti attuatori, competenti alla realizzazione delle opere connesse: Aziende Sanitarie e Ospedaliere; Società ed Enti operanti sul territorio interessato ai giochi (SMAT, ACEA Pinerolese, SAGAT, FS); vari Comuni piemontesi, nonché la Provincia di Torino.

⁴⁹¹ Diversamente, le opere gestite direttamente da Agenzia Torino 2006 (costituita con la legge 285/2000, affidataria della realizzazione delle opere necessarie all'evento) erano state in parte completate o, quantomeno, ad uno stadio di avanzamento tale da essere pienamente fruibili e funzionali.

⁴⁹² Gli interventi inseriti nelle opere connesse ai giochi olimpici erano stati selezionati proprio in virtù della loro realizzabilità nei tempi a disposizione.

⁴⁹³ A venti mesi dalla scadenza olimpica, erano state portate a compimento poco più della metà delle opere, circa il 28% erano in corso di realizzazione, mentre i restanti interventi non erano stati appaltati, o perché fermi alla progettazione, o perché annullati o differiti. Pertanto, il superamento di fatto del criterio di connessione temporale sembra in qualche modo aver inficiato la trasparenza della scelta delle opere da dichiarare connesse, non essendo identificabili le motivazioni per cui sono state selezionate quelle opere e non altre.

⁴⁹⁴ Importo già aumentato dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 giugno 2003 rispetto agli iniziali 348 milioni.

territorio nazionale⁴⁹⁵, è stata infatti oggetto di indagine dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, la quale aveva partecipato alla stessa organizzazione attraverso la presenza nella *Struttura di missione*⁴⁹⁶.

Anche in questo grande evento sono venute alla luce criticità relativamente all'efficacia delle procedure adottate, all'acquisizione dei necessari pareri ed alla disponibilità dei finanziamenti.

In primo luogo, per tutti gli interventi non sono state fornite precisazioni circa importi e procedure di affidamento per gli incarichi professionali relativi a progettazione, direzione lavori e collaudo. Al riguardo, sebbene l'OPCM n. 3632/2007 abbia disposto la deroga agli articoli del Capo IV – Sezione I del Codice dei contratti pubblici, deve evidenziarsi come la stessa ordinanza richiamasse esplicitamente il rispetto delle direttive comunitarie ed, in particolare della Direttiva n. 18/2004/CE, che prevede procedure concorsuali per l'affidamento di incarichi di importo superiore alla soglia comunitaria ed il rispetto dei principi del Trattato CE per importi inferiori.

In secondo luogo, si segnala il problema della tempistica: nonostante l'esigenza di realizzare le opere tassativamente entro la fine del 2010, si era pervenuti all'approvazione dei progetti esecutivi e alla consegna dei lavori – spesso solo parziale – in tempi notevoli, generalmente dell'ordine di 10-11 mesi dallo svolgimento della gara⁴⁹⁷.

Infine, la questione dei costi. La copertura finanziaria delle opere poste in appalto è, infatti, risultata non completa⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ È stata infatti prevista la realizzazione ed il completamento di un programma di qualificati interventi ed opere, anche infrastrutturali, di carattere culturale e scientifico, tali da assicurare la diffusione e la testimonianza del messaggio di identità ed unità nazionale delle celebrazioni.

⁴⁹⁶ Tale struttura supportava il *Comitato interministeriale per le celebrazioni* – istituito con lo stesso DPCM 23/10/2007 – che gestiva le attività di pianificazione, preparazione ed organizzazione degli interventi e delle iniziative legate alle celebrazioni, in raccordo con le Amministrazioni regionali e locali.

⁴⁹⁷ Alla luce dei ritardi menzionati, evidenziati con la Delibera n. 50 dell'11 giugno 2009, l'AVCP aveva invitato la Struttura di missione ad un attento esame della concreta realizzabilità dei progetti, individuando possibili difficoltà e ostacoli, al fine di evitare un mancato raggiungimento dell'obiettivo che il Governo si era posto dichiarando “grande evento” il complesso delle iniziative e degli interventi afferenti al 150° anniversario dell'Unità d'Italia.

⁴⁹⁸ Data l'opacità dei criteri di finanziamento, l'AVCP ha addirittura richiesto di precisare, per la totalità degli interventi, le implicazioni derivanti dalla eventuale natura comunitaria del finanziamento, con particolare riferimento a controlli, verifiche e monitoraggi conseguenti, operati da organismi comunitari o dagli stessi delegati, relativamente alle procedure adottate e alle spese effettuate e di fornire un quadro aggiornato sullo stato degli stessi.

Un'emblematica vicenda, in questo senso, riguarda il *Nuovo Parco della Musica e della Cultura di Firenze*.

Per tale intervento la Struttura di Missione ha ritenuto di poter agire in deroga al Decreto Legislativo 31 luglio 2007, n. 113⁴⁹⁹, così come previsto dall'OPCM n. 3632 del 23/11/2007, ed ha indetto una gara da aggiudicare secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'AVCP ha però registrato un aumento sia dei tempi di realizzazione dell'opera⁵⁰⁰, sia delle spese. Il costo complessivo dell'intervento è lievitato da 106,6 a 236,9 milioni di Euro, mentre l'importo contrattuale è passato da 69,8 a 130,4 milioni di Euro (compresa la perizia suppletiva approvata nel marzo 2010). E comunque la disponibilità finanziaria per l'intervento è sempre stata insufficiente rispetto alle previsioni⁵⁰¹.

Identiche difficoltà hanno caratterizzato il grande evento Mondiali di nuoto «Roma 2009», per il quale la costruzione di sessantatre nuovi impianti⁵⁰² è avvenuta in deroga ad un rilevante numero di articoli del codice dei contratti⁵⁰³.

⁴⁹⁹ «Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62» (Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 luglio 2007 - Suppl. Ordinario n. 173).

⁵⁰⁰ L'indagine dell'AVCP ha sottolineato come alcuni dei presupposti legittimanti la deroga al regime ordinario sono venuti meno nel corso del tempo, in primo luogo quello per cui la Struttura di missione doveva garantire «l'obiettivo primario di dare adeguata e tempestiva attuazione al programma generale degli interventi» e comunque «entro la fine dell'anno 2010» (Relazione Annuale AVCP al Parlamento del 2010, pag. 116).

⁵⁰¹ Il fatto mostrava contorni atipici, tali da aver formato oggetto di attenzione da parte sia della magistratura amministrativa, che di quella contabile e penale. La giustizia amministrativa si è espressa sulla procedura di gara, affermandone l'illegittimità e riconoscendo alla ricorrente, seconda classificata, il diritto al risarcimento, a titolo di lucro cessante (pari ad Euro 3.177.320,00, ovvero il 5% dell'offerta formulata in sede di gara).

Il Consiglio di Stato ha evidenziato manifeste imperizie e negligenze poste in essere all'amministrazione attraverso i suoi funzionari, con le conseguenti statuizioni di condanna al risarcimento dei danni ad esse correlate e a fronte dei non chiari meccanismi di lievitazione dei costi per l'esecuzione dell'opera in questione, trasmettendo gli atti alla Procura Regionale per la Toscana della Corte dei Conti. La gestione procedurale dell'appalto in questione è inoltre oggetto di indagine da parte della competente Procura della Repubblica per gli aspetti di carattere penale.

⁵⁰² Di cui cinque impianti pubblici (Tor Vergata, Foro Italico, Ostia, Valco San Paolo, Pietralata).

⁵⁰³ Inizialmente previste nell'OPCM 29 dicembre 2005, n. 3489 e nell'OPCM 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 articoli 4 e 5 disponeva in particolare: art. 4, comma 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

3.3. La limitazione dei controlli sui grandi eventi

Dalla riflessione sugli elementi che si manifestano dal novero di ordinanze fin qui valutate, dalla gamma delle norme derogate e dalle spese affrontate per gli interventi indifferibili, emerge come nell'arco degli ultimi quindici anni una considerevole frazione di spesa pubblica sia stata utilizzata per impieghi legati ad interventi sottratti in tutto o in parte non solo all'osservazione delle procedure previste dal d.lgs. n. 163/2006 ma – in determinate circostanze affatto trascurabili e specialmente nell'ambito dei “grandi eventi” – anche ad ogni attività di rilevazione e controllo da parte dei soggetti ad esse generalmente deputati.

Prima fra tutti, la Corte dei Conti.

All'indomani dell'entrata in vigore dell'articolo 14 del decreto – legge 23 maggio 2008, n. 90⁵⁰⁴, infatti, i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 5 della l. n. 225/1992 e dell'articolo 5-bis, comma 5, del d.l. n. 343/2001 non erano più soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti⁵⁰⁵. Una simile condizione ha

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.93/3».

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. 163, entrato nel frattempo in vigore. Con tale Ordinanza si procedeva, 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).

⁵⁰⁴ «Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile».

⁵⁰⁵ In base al comma 1 dell'art. 14, rubricato «Norma di interpretazione autentica»:

«L'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché l'articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, si interpretano nel senso che i provvedimenti adottati ai sensi delle predette disposizioni non sono soggetti al controllo preventivo di legittimità di cui all'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20». (Legge 14 gennaio 1994, n. 20 – «Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti», articolo 3 – «Norme in materia di controllo della Corte dei conti», comma 1:

«Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti si esercita esclusivamente sui seguenti atti non aventi forza di legge:

- a) provvedimenti emanati a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri;
- b) atti del Presidente del Consiglio dei Ministri e atti dei Ministri aventi ad oggetto la definizione delle piante organiche, il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali e le direttive generali per l'indirizzo e per lo svolgimento dell'azione amministrativa;

stimolato la stessa magistratura contabile a prendere provvedimenti in diverse circostanze allo scopo di riscontrare l'eventuale presenza del presupposto della necessità e dell'urgenza di provvedere, legittimanti la natura emergenziale dell'ordinanza o il suo collegamento a grandi eventi. Tutto ciò per attestare l'esattezza della sottrazione dal controllo preventivo di legittimità.

Nei suoi determinanti interventi⁵⁰⁶, la Corte dei Conti ha utilizzato una strategia atta a dimostrare che le manifestazioni o gli interventi oggetto delle ordinanze non potessero essere gestiti tramite gli strumenti della protezione civile. Eludendo in tal modo gli effetti del citato articolo 14, d.l. 90/08 e, di conseguenza, reimpostando l'assoggettabilità al controllo preventivo di legittimità per gli atti controllati.

A titolo di esempio, si può citare la Deliberazione n. 9/2010/P del 6 maggio 2010, concernente le ordinanze di protezione civile relative al grande evento «*Louis Vuitton World Series*»⁵⁰⁷.

In questa sentenza, la Corte ha valutato che un tale evento sportivo – al pari di qualsivoglia attività volta alla *promotion* turistica, alla valorizzazione di beni culturali ed ambientali⁵⁰⁸ – non potesse, di per sé, realizzare un presupposto appropriato per un'ordinanza di protezione civile, che comportava procedure in deroga alla legge, l'impiego di personale del Dipartimento e di denari del Fondo della protezione civile⁵⁰⁹.

c) *atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese ed atti generali attuativi di norme comunitarie*»).

⁵⁰⁶ Il più importante dei quali è la deliberazione delle Sezioni Centrali n. 5/2010/P del 4 marzo 2010 che si analizzerà dettagliatamente nel prossimo paragrafo.

⁵⁰⁷ Ordinanza 30 dicembre 2009, n. 3838 («*Disposizioni per lo svolgimento della Louis Vuitton World Series*», Gazzetta Ufficiale n. 8 del 12 gennaio 2010) e Ordinanza 22 marzo 2012, n. 3846 («*Ulteriori disposizioni per il completamento delle attività programmate per il grande evento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 settembre 2007, ai sensi dell'articolo 17 del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77*», Gazzetta Ufficiale n. 78 del 2 aprile 2012).

⁵⁰⁸ Che richiedeva, in particolare, un forte sostegno socio-economico ad un territorio in crisi e addirittura l'attribuzione di compensazioni per il venir meno di una base militare.

⁵⁰⁹ L'Ufficio di controllo di legittimità sugli atti dei ministeri istituzionali della Corte dei Conti ha, infatti, formulato le seguenti osservazioni in ordine alle due ordinanze trasmesse per il controllo:

«*I provvedimenti controindicati prendono in considerazione anche fatti estranei alla disciplina concernente la protezione civile; pertanto, i seguenti fatti non possono costituire oggetto dell'ordinanza di cui all'art. 5 della legge n. 225/1992 ed agli articoli 5 e 5 bis del d.l. n. 343/2001, convertito nella legge n. 401/2001:*

A – Ordinanza n. 3838/09:

1 – Art. 1: *Realizzazione delle opere e degli interventi funzionali allo svolgimento delle gare velistiche della “Louis Vuitton World Series”.*

Di conseguenza, si escludeva che la normativa di protezione civile potesse essere utilizzata per le mere attività di organizzazione di una tale manifestazione⁵¹⁰,

Realizzazione delle iniziative di valorizzazione dei beni culturali presenti sull'isola e realizzazione degli interventi di riqualificazione ambientale.

2 – Art. 2: *Conseguimento di sponsorizzazioni volte ad acquisire risorse finanziarie o altre utilità per la realizzazione degli interventi e delle opere e per il conseguimento dei servizi necessari per la celebrazione dell'evento, nonché per l'organizzazione di ogni altra iniziativa funzionale al buon esito delle manifestazioni.*

Espletamento delle iniziative volte a favorire la promozione dell'evento, anche presso la Nautica Club ed altre realtà internazionali che si propongono di sostenere le relative spese.

3 – Art. 5: *Realizzazione di interventi di bonifica, progetti di dragaggio, di bonifica, di deposito temporaneo dei sedimenti e di trattamento degli stessi in deroga alla disciplina vigente.*

4 – Art. 6: *Autorizzazione a procedere all'assegnazione prioritaria di alloggi agli attuali residenti nei fabbricati distinti in catasto al foglio 15, particelle D238 e D239, in deroga alle disposizioni vigenti.*

5 – *Nomina del Commissario delegato, di soggetti attuatori, del Team Ospitante, dell'Unità tecnica di missione interessati allo svolgimento dell'attività di cui sopra, istituzione di un'apposita struttura, Commissione generale di indirizzo aspetti organizzativi, determinazione dei compensi da corrispondere agli stessi.*

6 – Art. 7: *Assegnazione di fondi al Comitato organizzatore, indeterminazione della integrazione di Fondi da parte del Ministro dell'economia e delle finanze, che non risulta interpellato al riguardo; indeterminazione della contribuzione del soggetto concessionario dell'area, utilizzazione del fondo di protezione civile per attività estranee agli interventi di protezione civile.*

B – Ordinanza n. 3846/10:

1 – *Affidamento in concessione, oltretutto per periodi eccedenti le attività oggetto dell'ordinanza n. 3838/09, di beni demaniali o patrimoniali anche della Regione Sardegna.*

2 – Art. 2: *Autorizzazione ad assumere ogni iniziativa finalizzata ad assicurare il pieno utilizzo anche in una prospettiva di valorizzazione economica del compendio immobiliare del Forte Carlo Felice.*

Si precisa che, ad avviso di questo Ufficio, le deroghe alle norme vigenti sono consentite soltanto per le iniziative che rientrano nella competenza del Dipartimento della protezione civile (così come identificata dalle deliberazioni n. 23/2009 e n. 5/2010).

Ugualmente, sempre ad avviso di questo Ufficio, l'utilizzo del personale della protezione civile è consentito soltanto per le iniziative come sopra delineate, e non per qualsiasi grande evento» (Deliberazione Corte dei Conti n. 9/2010/P del 6 maggio 2010, pagg. 5 e seg.).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il Consigliere delegato della Corte ha aggiunto le seguenti argomentazioni:

«[...] Nel caso che ci occupa, i presupposti per un intervento di protezione civile possono forse riscontrarsi (e con una certa buona volontà) soltanto in tre delle varie iniziative programmate, e cioè:

a) il completamento della bonifica e del dragaggio (atteso che, sebbene l'Amministrazione sembri finalizzare l'intervento principalmente alla agibilità dello specchio d'acqua per la manifestazione velica, potrebbe ravvisarsi anche un'esigenza di tutela della salute e dell'ambiente);

b) la realizzazione di un piano antincendio;

c) la messa in sicurezza di edifici fatiscenti.

Le rimanenti iniziative (con particolare riguardo ai 2.300.000 euro destinati al Comitato organizzatore della manifestazione velica) appaiono, invece, del tutto avulse dai presupposti necessari perché si attivi la competenza del Dipartimento della Protezione Civile; ed a tale proposito non sembra inutile ricordare che la stessa sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, 4 aprile 2000, n. 2361, [...], pur riconoscendo una “amplissima potestà discrezionale”, aggiunge che essa “trova un limite nei requisiti di legge”, e quindi – in primo luogo – nella sussistenza dei necessari presupposti».

⁵¹⁰ Fermo restando che, in occasione di grandi eventi, potesse essere comunque necessario l'intervento della protezione civile per gestire situazioni di potenziale rischio di compromissione di interessi primari costituzionalmente protetti; solo in tale prospettiva, possono essere riconosciuti conformi a legge i tre interventi enucleati dallo stesso Ufficio di controllo, e cioè il completamento della bonifica e del

ammettendo al visto ed alla conseguente registrazione le due ordinanze sottoposte a controllo. Secondo la logica di fondo elaborata dai magistrati contabili, «*gli eventuali atti dichiarativi di situazioni di emergenza o di grande evento sono atti endoprocedimentali*»⁵¹¹ ed in particolare «*le ordinanze di protezione civile, quanto meno nelle parti che non trovano fondamento nella specifica competenza del Dipartimento della protezione civile, rientrano nella tipologia delle “direttive generali per l’indirizzo e lo svolgimento dell’azione amministrativa”, che l’art. 1, comma 3, lettera “b” della legge 14 gennaio 1994, n. 20 sottopone al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti*»⁵¹².

Ancora sulla questione dell’assoggettabilità a controllo preventivo di legittimità di ordinanze di protezione civile, la Corte si è adoperata con la deliberazione n. 16/2010/P del 4 agosto 2010, attraverso la quale ha giudicato le ordinanze riguardanti la zona archeologica di Pompei⁵¹³, ritenendo che, nel caso dell’area interessata, i presupposti per la dichiarazione di stato di emergenza⁵¹⁴ non fossero presenti⁵¹⁵;

dragaggio, la realizzazione di un piano antincendio e la messa in sicurezza di edifici fatiscenti (Vedi nota precedente).

⁵¹¹ Deliberazione Corte dei Conti n. 9/2010/P, cit., pag. 8.

⁵¹² Deliberazione Corte dei Conti n. 9/2010/P, cit., pag. 9. Nella stessa sentenza, la Corte non ha perso occasione per segnalare i propri dubbi l’incostituzionalità della norma che prevede l’esenzione dal controllo di legittimità: «[...], rimanendo impregiudicata l’eventuale questione di legittimità costituzionale della norma (art. 14 del decreto legge 23 maggio 2008, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 14 luglio 2008, n.123) che ha previsto tale esenzione (dal controllo di legittimità) [...]» (pag. 22).

⁵¹³ Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4 luglio 2008 (Gazzetta Ufficiale n. 164 del 15 luglio 2008) è stato dichiarato, fino al 30 giugno 2009, lo stato di emergenza in relazione alla situazione di grave pericolo in atto nell’area archeologica di Pompei; detto stato di emergenza è stato prorogato fino al 30 giugno 2010 con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 24 luglio 2009 (Gazzetta Ufficiale n. 182 del 7 agosto 2009), ed infine è stato anticipatamente revocato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2010 (Gazzetta Ufficiale n. 140 del 18 giugno 2010). A seguito della predetta dichiarazione di stato di emergenza, sono state emanate nel tempo varie ordinanze di protezione civile, dedicate in tutto o in parte alla situazione della predetta area archeologica; alla prima ordinanza (n. 3692 dell’11 luglio 2008), infatti, hanno fatto seguito, nell’arco di due anni, altri otto provvedimenti modificativi o integrativi.

Con nota del 19 febbraio 2010, l’Ufficio di controllo di legittimità sugli atti dei ministeri istituzionali chiese la trasmissione al controllo dell’ordinanza n. 3692/2008 e successive modificazioni ed integrazioni (all’epoca, ordinanze n. 3696/2008, 3707/2008, 3742/2009, 3795/2009 e 3807/2009), assumendo che i suddetti provvedimenti non integrassero gli estremi delle ordinanze di protezione civile, e fossero soggette a controllo preventivo di legittimità.

⁵¹⁴ In sede di adunanza, l’avvocato in rappresentanza del Dipartimento della protezione civile ha inizialmente chiesto un rinvio della discussione, lamentando un ampliamento dell’oggetto della controversia, atteso che l’amministrazione ha eccepito che tale oggetto sarebbe stato indebitamente modificato, nel passaggio dalla nota istruttoria (che faceva riferimento al concetto di “grande evento”) alla relazione di deferimento (incentrata, invece, sullo “stato di emergenza”).

tuttavia, poiché l'ordinanza risultava avere avuto totale concretizzazione, la stessa Corte ha concluso che l'ordinanza in analisi non potesse più formare oggetto di controllo preventivo di legittimità.

Infine, un altro intervento esemplare della Corte dei Conti riguarda la Deliberazione n. 23/2010/PREV del 14 ottobre 2010 concernente la realizzazione del grande evento EXPO Milano 2015.

Nell'analisi di Diritto, quindi, la Corte dei Conti ha subito accertato l'esatto oggetto della controversia, premettendo che «[...] anche se a prima vista la tesi sembra presentare qualche fondamento, l'eccezione va disattesa, per considerazioni di carattere fattuale e logico-giuridico.

A ben vedere, infatti, l'oggetto della controversia è rimasto lo stesso, sia nel "petitum" (trasmissione al controllo di determinati provvedimenti) che nella "causa petendi" (estraneità dei provvedimenti alla competenza del Dipartimento della protezione civile); quello che è intervenuto, nel passaggio dall'istruttoria al deferimento, è unicamente una migliore puntualizzazione dei motivi che inducono a ravvisare il difetto di competenza del predetto Dipartimento» (Deliberazione Corte dei Conti n. 16/2010/P, cit., pag. 18).

⁵¹⁵ Dopo aver chiarito che le criticità dell'area archeologica di Pompei non fossero di per sé riferibili a recenti calamità naturali, l'avvocato in rappresentanza del Dipartimento della protezione civile ha affermato la presenza dei presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza e per una serie di interventi in base a procedure derogatorie, «coordinati dallo Stato d'intesa con gli enti territoriali ordinariamente competenti, i quali, per la gravità e l'estensione dei fenomeni, acuiti da particolari condizioni locali afferenti alla pubblica sicurezza ed all'ordine pubblico, non erano in grado di garantire da soli la salvaguardia del patrimonio culturale, l'incolumità degli operatori e dei visitatori, l'idoneità della situazione igienico-sanitaria, l'ordinata convivenza civile nell'area e nelle sue immediate vicinanze» (Deliberazione Corte dei Conti n. 16/2010/P, cit., pag. 14).

«Quanto alle iniziative poste in essere dal Commissario delegato, esse hanno riguardato le seguenti tipologie:

- 1) rischi per i visitatori, derivanti dallo stato di degrado del patrimonio archeologico e dalla mancanza di una rete antincendio;
- 2) rischi igienico-sanitari per i turisti, il personale e l'ambiente, legati alla presenza di cani randagi, all'assenza di servizi fognari, alla carenza e vetustà dei servizi igienici, al mancato funzionamento delle fontanelle pubbliche, alla mancanza di un presidio di pronto soccorso e di assistenza sanitaria, all'assenza di controlli sui prodotti venduti e somministrati abusivamente all'interno del sito, all'insalubrità dei luoghi di lavoro;
- 3) rischi per la sicurezza pubblica, derivanti da attività commerciali abusive, dalla presenza di fenomeni di prostituzione a ridosso dell'area demaniale, da comportamenti aggressivi e intimidatori da parte di guide turistiche non autorizzate;
- 4) rischi di ordine pubblico, per la presenza di situazioni di tensione in occasione di disfunzioni e disservizi per riduzione del personale dipendente e per la presenza di stati di agitazione sindacale, con necessità di adozione di provvedimenti per la razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa e del lavoro;
- 5) rischi di danni irreversibili al patrimonio culturale, per la carenza (anche per la scarsità delle risorse finanziarie) di interventi di tutela, restauro e messa in sicurezza del sito archeologico, e la presenza di situazioni di rischio di smottamenti per le caratteristiche e le condizioni dei terreni di origine vulcanica» (Deliberazione Corte dei Conti n. 16/2010/P, cit., pag. 16).

Precisamente, la Corte dei Conti ha ammesso al controllo di legittimità le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3900⁵¹⁶ e n. 3901⁵¹⁷, considerando la situazione oggetto degli stessi interventi governativi «[...] *unica, nel suo genere, espressamente prevista dalla legge*⁵¹⁸, *che la delinea nella sua fattispecie, qualificandola, con la nomina del commissario straordinario del Governo, come eccezionale, singolare, straordinaria, con riferimento ai tempi, tassativamente stabiliti a livello internazionale (svolgimento della manifestazione nel 2015, riunione del BIE per la registrazione dell'evento 18 ottobre 2010, riunione dell'assemblea generale permanente del BIE 23 novembre 2010 per la conferma definitiva), al luogo ed all'ordinamento nazionale ed internazionale.*

*La sua realizzazione ed il suo svolgimento si situano nell'ambito di accordi e convenzioni sovranazionali, esponendo la Repubblica italiana nel contesto internazionale»*⁵¹⁹.

Per queste motivazioni, gli straordinari strumenti giuridici, a cui si è potuto ricorrere per fini operativi, discendevano funzionalmente dal singolare disposto legislativo (il citato art. 14, comma 2, D.L. n. 112/2008) e non dalla disciplina generale concernente gli interventi di protezione civile⁵²⁰.

Anche alla luce degli autorevoli interventi della Corte dei Conti sopra descritti, il legislatore del 2010 – a soli due anni dall'introduzione nell'ordinamento nazionale della norma di interpretazione autentica prevista dell'art. 14, D.L. n. 90/2008 – ha sovvertito il modello precedente attraverso la promulgazione del citato decreto – legge 29

⁵¹⁶ Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3900 del 5 ottobre 2010 – «*Disposizioni concernenti la realizzazione del "grande evento" EXPO Milano 2015*» (Gazzetta Ufficiale n. 243, 16 Ottobre 2010).

⁵¹⁷ Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3901 dell'11 ottobre 2010 – «*Ulteriori disposizioni urgenti concernenti la realizzazione del "grande evento" EXPO Milano 2015*» (Gazzetta Ufficiale n. 243, 16 Ottobre 2010).

⁵¹⁸ In entrambi i provvedimenti si precisa che essi trovano fondamento nell'art. 14, comma 2 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 («*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*», Gazzetta Ufficiale n. 147 del 25 giugno 2008 – Suppl. Ordinario n. 152, convertito dalla legge 6 agosto 2009 n. 133), secondo cui il Presidente del Consiglio dei Ministri poteva adottare gli atti previsti dall'art. 5, della legge n. 225/1992 e dall'art. 5-bis, comma 5, del decreto legge 7 settembre 2001 n. 343, convertito dalla legge 9 novembre 2001 n. 401.

⁵¹⁹ Deliberazione Corte dei Conti n. 23/2010/PREV, cit., pag. 7.

⁵²⁰ Il legislatore, eccezionalmente, per questa singola fattispecie, ha consentito al Presidente del Consiglio dei Ministri di avvalersi dello strumento giuridico previsto nell'art. 5 della legge n. 225/1992.

dicembre 2010, n. 225⁵²¹. Quest'ultimo, all'articolo 2, comma 2-sexies, ha inserito nell'articolo 3, comma 1 della legge 14/1/1994, n. 20, la lettera c-bis), la quale aggiunge agli atti non aventi forza di legge soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti anche «*i provvedimenti commissariali adottati in attuazione delle ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri emanate ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n. 225*».

Con tale espresso richiamo, si evince l'inequivocabile intenzione della norma di sottoporre ad un maggiore controllo, anche preventivo di legittimità della Corte dei Conti, le ordinanze in deroga per l'attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Merita attenzione anche il ruolo degli enti locali nella gestione dei grandi eventi.

Con il comma 9 dell'articolo 31, infatti, la Legge di stabilità 2012⁵²² ha equiparato, ai fini del patto di stabilità interno, gli interventi realizzati dagli enti locali nel contesto di manifestazioni riconosciute dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri

⁵²¹ «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie» (c.d. "Milleproroghe" – Gazzetta Ufficiale n. 303 del 29 dicembre 2010) convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (Gazzetta Ufficiale n. 47 del 26 febbraio 2011).

⁵²² Legge 12 novembre 2011, n. 183 – «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)» (Gazzetta Ufficiale n. 265 del 14 novembre 2011 - Suppl. Ordinario n. 234).

Art. 31 – Patto di stabilità interno degli enti locali:

- Comma 9: «Gli interventi realizzati direttamente dagli enti locali in relazione allo svolgimento delle iniziative di cui al comma 5 dell'articolo 5-bis del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, sono equiparati, ai fini del patto di stabilità interno, agli interventi di cui al comma 7».
- Comma 7: «Nel saldo finanziario in termini di competenza mista, individuato ai sensi del comma 3, rilevante ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno, non sono considerate le risorse provenienti dallo Stato e le relative spese di parte corrente e in conto capitale sostenute dalle province e dai comuni per l'attuazione delle ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio dei ministri a seguito di dichiarazione dello stato di emergenza. L'esclusione delle spese opera anche se esse sono effettuate in più anni, purchè nei limiti complessivi delle medesime risorse e purchè relative a entrate registrate successivamente al 2008»;
- Comma 3: «Il saldo finanziario tra entrate finali e spese finali calcolato in termini di competenza mista è costituito dalla somma algebrica degli importi risultanti dalla differenza tra accertamenti e impegni, per la parte corrente, e dalla differenza tra incassi e pagamenti, per la parte in conto capitale, al netto delle entrate derivanti dalla riscossione di crediti e delle spese derivanti dalla concessione di crediti, come riportati nei certificati di conto consuntivo».

come *grandi eventi* ai provvedimenti adottati per l'attuazione delle ordinanze emanate a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza⁵²³.

Per questa via sono stati quindi esclusi dal saldo finanziario rilevante ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno, le entrate e le spese sostenute tanto per gli interventi emergenziali in deroga, quanto per l'organizzazione dei grandi eventi⁵²⁴.

3.4. La ridefinizione del perimetro di applicabilità dei grandi eventi

Quanto fin qui esposto evidenzia come l'estensione dell'applicazione del potere di ordinanza ai cosiddetti *grandi eventi* ha reso possibile un uso distorto e strumentale del concetto di emergenza, dando luogo – sin dal 2001 – ad un reiterato abuso ed un uso improprio dello strumento dell'ordinanza di protezione civile.

⁵²³ Trascrivendo pedissequamente le stesse regole contenute nel Decreto – legge 25 giugno 2008, n. 112 – «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*», articolo 77-bis («*Patto di stabilità interno per gli enti locali*»), comma 7-bis e nel Decreto – legge 25 gennaio 2010, n. 2 - «*Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni*», articolo 4 («*Disposizioni per la funzionalità degli enti locali*»), comma 4-novies.

⁵²⁴ In particolare – in base alle indicazioni della Circolare del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato n. 5 del 14 febbraio 2012 («*Circolare concernente il patto di stabilità interno per il triennio 2012 – 2014 per le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti e, a decorrere dal 2013, per i comuni con popolazione compresa tra 1.001 e 5.000 abitanti*») – le esclusioni operano distintamente per le entrate e per le spese nel modo di seguito indicato:

1. Entrate: sono escluse dal saldo finanziario di riferimento, valido per la verifica del rispetto del patto di stabilità interno, le sole risorse provenienti dal bilancio dello Stato (e non anche da altre fonti) purchè registrate successivamente al 31 dicembre 2008. L'esclusione opera anche se le risorse statali sono trasferite per il tramite delle regioni.
2. Spese: sono esclusi gli impegni di parte corrente e i pagamenti in contro capitale – disposti a valere sulle predette risorse statali – effettuati per l'attuazione di ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri a seguito di dichiarazione dello stato di emergenza, purchè effettuati a valere su risorse registrate al 31 dicembre 2008. Al riguardo, si sottolinea che sono escluse dal patto di stabilità interno le sole spese effettuate a valere sui trasferimenti dal bilancio dello Stato e non anche le altre tipologie di spesa (ad esempio le spese sostenute dal comune a valere su risorse proprie).

L'esclusione delle correlate entrate è stata prevista per compensare gli effetti negativi sugli equilibri di finanza pubblica indotti dall'esclusione delle spese.

L'esclusione opera anche se le spese sono effettuate in più anni e, comunque, nei limiti complessivi delle risorse assegnate e/o incassate.

Si precisa che le spese sono escluse anche successivamente alla revoca dello stato di emergenza, purchè nei limiti delle relative entrate accertate (per la parte corrente) o incassate (per la parte capitale) in attuazione delle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'esclusione opera, inoltre, in relazione ai mutui ed ai prestiti con oneri di ammortamento ad intero carico dello Stato e, quindi, la stessa non si estende a quelli contratti dall'ente locale con oneri a carico del proprio bilancio. Si impone, quindi, la verifica in ordine alla natura statale delle risorse da escludere, nonché l'effettiva emanazione delle ordinanze.

I poteri del Presidente del Consiglio dei ministri in materia di protezione civile – che dovrebbero avere come scopo solamente impieghi rivolti «*alla tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri grandi eventi, che determinino situazioni di grave rischio*»⁵²⁵ sono stati dilatati fino a comprendere il coordinamento di una nutritissima serie di grandi eventi e delle relative attività organizzative e realizzative, come pure la predisposizione e la stipula dei relativi contratti di appalto. L'ordinanza di protezione civile si è così trasformata in uno atto ordinario di governo avente, nei suoi settori di applicazione, una sostanziale forza di legge da impiegare a fronte di condizioni che indiscutibilmente la stessa amministrazione politica può valutare come presupposti per dichiararne un grande evento. Può infatti trattarsi delle più variegate circostanze, come eventi culturali, incontri politici, manifestazioni religiose e popolari, esequie, celebrazioni civili ed eventi sportivi⁵²⁶.

Un processo di elusione di qualsiasi tipo di controllo – in particolare sull'affidamento di appalti a trattativa privata – terminato, come detto, con l'esclusione del controllo preventivo di legittimità anche delle ordinanze aventi ad oggetto la gestione dei *grandi eventi*.

Ciò premesso, per il prosieguo dell'indagine è utile ricordare che gli interventi della Corte dei Conti precedentemente richiamati trovano il loro punto di riferimento nella deliberazione delle Sezioni Centrali n. 5/2010/P del 4 marzo 2010.

Quest'ultima, a sua volta, è figlia di una risalente attenzione della magistratura contabile per il fenomeno della proliferazione delle ordinanze di protezione civile, con particolare riguardo a quelle per grandi eventi.

Già nel 2008, infatti, con una lettera dell'Ufficio di controllo preventivo di legittimità sugli atti dei Ministeri istituzionali, la Corte dei Conti chiese alla Presidenza del Consiglio dei ministri di trasmettere al controllo le delibere e le ordinanze di

⁵²⁵ Articolo 5 («*Competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile*») del citato decreto – legge 7 settembre 2001, n. 343 («*Disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile e per migliorare le strutture logistiche nel settore della difesa civile*»).

⁵²⁶ In molti casi, per giunta, agli interventi viene attribuita un'urgenza che non deriva da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione ma, al contrario, da eventi previsti con larghissimo anticipo (Vedi capitolo 1).

protezione civile. Dopo che la Presidenza presentò le proprie motivazioni in base alle quali riteneva di non dover aderire alla richiesta, però, fece il suo ingresso nell'ordinamento la norma di interpretazione autentica contenuta nell'articolo 14 del più volte richiamato d.l. n. 90/2008⁵²⁷, bloccando l'iniziativa della Corte. Essa, nonostante ciò, non rinunciò alla propria rimostranza, appuntando, nella relazione al Parlamento sull'esercizio 2008, tra l'altro, che *«le ordinanze di protezione civile, soprattutto a partire dal 2002, hanno progressivamente esteso il loro ambito operativo con riflessi anche quantitativi sulla nuova classificazione di bilancio in ordine al “soccorso civile”. Ciò impone una riflessione, oltre che sul versante squisitamente contabile, anche su quello ordinamentale, a partire dalla verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti il ricorso ad uno strumento che, ex se, non dovrebbe essere considerato sostitutivo delle ordinarie procedure allorché non siano rinvenibili situazioni realmente emergenziali e, in quanto tali, non prevedibili. Tali osservazioni riguardano in particolare l'applicazione sempre più ricorrente dell'art. 5 bis della legge n. 225 del 1992, che estende il regime relativo allo stato di emergenza ed al potere di ordinanza di cui all'art. 5 della legge 225/1992, anche alle ipotesi dei “grandi eventi”, relativamente ai quali la norma non dà una definizione precisa del contenuto di tale nozione e quindi dei presupposti per il ricorso alle procedure derogatorie. La genericità della previsione normativa, che consente ampia discrezionalità all'Amministrazione di qualificare singole iniziative quali “grande evento”, richiede un uso misurato dello strumento, tanto più che con norma interpretativa è stata disposta la non assoggettabilità a controllo preventivo dei predetti provvedimenti (art. 14 del D.L. n. 90/2008). Negli anni più recenti il ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza è cresciuto in modo notevole; le stesse hanno riguardato eventi che, in taluni casi, appaiono svincolati da un carattere emergenziale, anche in considerazione della programmabilità delle attività connesse con iniziative destinate a concludersi in ampi archi temporali e comunque non del tutto riconducibili al concetto di “grande evento”»*⁵²⁸.

⁵²⁷ Eliminando quindi il controllo preventivo di legittimità anche per le ordinanze connesse ai grandi eventi. Intervenuta la conversione in legge, la Corte non poté sollevare conflitto di attribuzione, atteso il costante orientamento della Corte costituzionale, che escludeva tale possibilità nei confronti del legislatore (Vedi Sentenza Corte costituzionale n. 406 del 14 luglio 1989).

⁵²⁸ Relazione Corte dei Conti al Parlamento sull'esercizio 2008 – Volume II, Ministeri istituzionali, pag. 159.

Questo orientamento si è poi tradotto, a livello giurisprudenziale, nella deliberazione della Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato n. 23/2009/P del 19 novembre 2009. Per la prima volta, attraverso tale sentenza, è stata dichiarata soggetta al controllo preventivo di legittimità un'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri⁵²⁹; non potendosi il suo contenuto inquadrare in situazioni disciplinate in regime derogatorio.

La Corte dei Conti, infine, con la citata deliberazione n. 5, affronta gli aspetti nevralgici della questione dei grandi eventi, formalizzando così un precedente che si rivelerà un cardine non solo per la giurisprudenza successiva, ma anche per la riflessione del legislatore che ha portato all'abrogazione dei *grandi eventi* con la legge 24 marzo 2012, n. 27 – menzionata all'inizio del capitolo.

In estrema sintesi, i magistrati contabili hanno agito su tre decisivi livelli: *in primis*, sulla sindacabilità della scelta discrezionale del Governo; in secondo luogo, sull'esenzione degli atti in analisi dal controllo preventivo di legittimità e, infine – in conseguenza del punto precedente – sulla riclassificazione degli stessi atti al fine di ricomprenderli nell'alveo dell'art. 3 della legge n. 20/1994⁵³⁰.

⁵²⁹ Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3794 del 30 luglio 2009 (Gazzetta Ufficiale n. 182 del 7 agosto 2009), concernente «*misure per il rilancio dell'immagine dell'Italia e del settore turistico in connessione con le celebrazioni per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia e con l'evento Expo 2015*».

⁵³⁰ La vicenda oggetto della Sentenza n. 5/2010/P trova origine nella Gazzetta Ufficiale n. 237 del 12 ottobre 2009, dove era stato pubblicato il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 ottobre 2009, recante la dichiarazione di grande evento per lo svolgimento della manifestazione velistica internazionale *Louis Vuitton World Series* nell'arcipelago dell'isola de La Maddalena. In attuazione di tale decreto era stata emanata l'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri 30 dicembre 2009, n. 3838 («*Disposizioni urgenti per lo svolgimento della Louis Vuitton World Series presso l'isola de La Maddalena*»), la quale prevedeva che il Capo del Dipartimento della Protezione civile si occupasse dell'esecuzione delle opere e degli interventi funzionali allo svolgimento della competizione velistica, in relazione alla necessità di affrontare e risolvere «*problematiche di varia e complessa natura sul piano della mobilità, della ricettività alberghiera, dell'accoglienza, dell'assistenza e dell'ordine pubblico, della disciplina del traffico marittimo e portuale e delle attività connesse*». Con nota del 18 gennaio 2010, l'Ufficio di controllo preventivo di legittimità sugli atti dei Ministeri istituzionali aveva chiesto la trasmissione della citata ordinanza n. 3838, per l'esercizio del controllo di legittimità, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera b), della legge n. 20/1994 in quanto tale ordinanza sembrava non rientrare tra le ordinanze di cui all'art. 5 bis, comma 5 D.L. n. 343/2001. Con nota del 15 febbraio 2010, il Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha trasmesso le controdeduzioni del Dipartimento della protezione Civile. Essenzialmente, assumeva l'Amministrazione che i grandi eventi di cui all'art. 5 bis del decreto legge 343/2001 costituivano «*una partizione degli "altri eventi" già in precedenza disciplinati dall'articolo 2, co. 1, lett. c della legge 225/1992*»; in altri termini, «*le ordinanze emanate in occasione di "grandi eventi" di cui all'art. 5 bis del decreto legge 343/2001 non costituirebbero una fattispecie distinta rispetto a quelle attinenti ad eventi stricto sensu calamitosi di cui all'art. 5 della legge*

Per quanto concerne l'eccezione sollevata dall'amministrazione in merito ad un'asserita insindacabilità delle scelte discrezionali⁵³¹, la Sezione centrale di controllo di legittimità ha immediatamente indicato come il fulcro della controversia non fosse quello della discrezionalità⁵³², quanto piuttosto la verifica della facoltà dell'amministrazione di dichiarare il grande evento. Verifica che avrà esito negativo perché difetterebbe il presupposto per la dichiarazione di grande evento come la legge intende configurarlo – come meglio verrà chiarito più avanti – e pertanto si rilevava *«ultroneo verificare la conformità a legge delle scelte discrezionali»*.

Nondimeno, la Corte si è soffermata sulla natura di *atto presupposto* del decreto, ribadendo che *«la problematica dell'atto presupposto è stata più volte affrontata da questa Sezione, dopo che l'art. 3, comma 1 della legge 20/1994 ha elencato in modo tassativo le tipologie di atti soggette a controllo preventivo di legittimità; la conclusione a cui si è giunti, ormai in forma consolidata, è che gli atti propriamente "presupposti" non possono essere attratti al controllo in sede di esame di atti consequenziali; al tempo stesso, però, un altrettanto costante orientamento di questa Sezione (confermato dalle Sezioni Riunite con deliberazione n. 37/E del 29 dicembre*

225/1992». Per quanto atteneva alla deliberazione del 2 ottobre 2009 (dichiarazione di grande evento), l'Amministrazione evidenziava che *«all'esito del sisma verificatosi in Abruzzo il Legislatore, con l'articolo 17 del decreto legge n. 39 del 2009 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 2009, ha disposto per lo spostamento del Vertice G8 dall'isola di La Maddalena alla città di L'Aquila. Nella medesima norma il Legislatore ha comunque assicurato il completamento delle opere avviate a La Maddalena ed ha, al comma 3, attribuito al Commissario delegato la potestà di riprogrammare e rifunzionalizzare gli interventi in questione. Per questi motivi – conclude l'Amministrazione – non si ritiene applicabile all'ordinanza n. 3838/2009, sia sotto il profilo formale che sostanziale, la normativa richiamata nella nota oggetto di riscontro, non essendo in essa ravvisabili, al minimo, quei requisiti sostanziali enucleati dalla Sezione nella delibera n. 23/2009»*. Con nota del 22 febbraio 2010, il Consigliere istruttore preposto al controllo sugli atti della Presidenza del Consiglio dei ministri, non ritenendo di poter accedere alle tesi dell'Amministrazione, aveva proposto il deferimento alla Sezione del controllo della questione relativa all'assoggettabilità a controllo preventivo di legittimità della ripetuta ordinanza n. 3838, atteso che, a suo avviso, non si ravvisavano i presupposti per l'emanazione di una ordinanza ai sensi dell'art. 5 bis, comma 5 del decreto legge 343/2001. Con nota del 22 febbraio 2010, il Consigliere delegato al controllo di legittimità sugli atti dei Ministeri istituzionali aveva chiesto il deferimento alla sede collegiale della citata questione, formulando talune osservazioni integrative. In particolare, il predetto Consigliere aveva condiviso il dubbio dell'Ufficio circa la riconducibilità del provvedimento alla categoria dei *grandi eventi* rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile.

⁵³¹ L'avvocato in rappresentanza del Dipartimento della Protezione Civile ha eccepito *«l'insindacabilità del D.P.C.M. del 2 ottobre 2010 dichiarativo del "Grande evento", atto presupposto rispetto alla successiva ordinanza, di per sé sottratto a controllo preventivo di legittimità in forza dell'art. 14 del decreto legge 90/2008, e comunque espressione di scelte altamente discrezionali»*.

⁵³² Pertanto non assumeva rilievo ciò che l'amministrazione aveva scelto in seguito ad una *corretta ponderazione di interessi*.

2000) è nel senso che gli atti presupposti possono essere sottoposti al controllo congiuntamente ai provvedimenti conseguenti, allorché costituiscono atti preparatori e procedurali, finalizzati al provvedimento da controllare, e non siano dotati di distinta autonomia funzionale.

Ad avviso della Sezione, è appunto questo il caso del decreto che dichiara il “Grande evento”, il quale costituisce un semplice momento di una procedura complessa che dà origine ad un atto a formazione progressiva, che acquista valenza concreta soltanto con l’atto conclusivo costituito dall’ordinanza di protezione civile: sicché nulla si oppone, sotto tale profilo, all’esame congiunto del decreto dichiarativo e dell’ordinanza»⁵³³.

Giungendo quindi al tema centrale della sentenza – l’esonero dal controllo preventivo di legittimità ex articolo 14, D.L. 23 maggio 2008, n. 90 per gli atti emanati in base all’articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 ed all’articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343 – la Corte ha valutato che nella fattispecie esso non trovasse applicazione, in quanto l’ordinanza n. 3838 ed il sottostante decreto di dichiarazione di grande evento non rientravano nella previsione dell’art. 5 bis del decreto legge 343/2001, il quale «*richiede quale condizione indispensabile che si tratti di “grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile”, e tale competenza non può che essere ricavata dal combinato disposto dell’art. 5, commi 1 e 4 del medesimo decreto legge 343/2001 (così come modificati dall’art. 4, comma 1 del decreto legge 31 maggio 2005, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 26 luglio 2005, n. 152), i quali prevedono, tra l’altro, che la titolarità della funzione in materia di protezione civile spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale la esercita avvalendosi del Dipartimento della protezione civile, con riguardo alle attività “finalizzate alla tutela dell’integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell’ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi o da altri grandi eventi, che determinino situazioni di grave rischio”*. Non qualsiasi “grande evento”, quindi, rientra nella competenza del Dipartimento della protezione civile, ma vi rientrano solo quegli eventi che, pur se diversi da calamità

⁵³³ Deliberazione Corte dei Conti n. 5/2010/P del 4 marzo 2010, pagg. 21 – 22.

naturali e catastrofi, determinano situazioni di grave rischio per l'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni.

Né può giustificare una diversa interpretazione il fatto che l'art. 1, comma 2, lettera "c" della legge 225/1992 attribuisce alla struttura nazionale di protezione civile la competenza in caso di "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari", essendo di tutta evidenza che l'invocato art. 1 (intitolato "Tipologia degli eventi ed ambiti di competenze") ha la limitata funzione di distinguere i vari livelli di intervento, a seconda che sia sufficiente l'attività dei singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria (lettera "a"), ovvero risulti necessario l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria (lettera "b"), ovvero che occorra l'impiego di mezzi e poteri straordinari (lettera "c"), fermo restando, ad avviso della Sezione, che deve pur sempre trattarsi di eventi che mettano a grave rischio di compromissione interessi primari.

Del resto, la stessa Amministrazione, nelle sue controdeduzioni, afferma che le ordinanze emanate in occasione di "grandi eventi" di cui all'art. 5 bis del decreto legge 343/2001 "non costituiscono una fattispecie distinta rispetto a quelle attinenti ad eventi stricto sensu calamitosi di cui all'art. 5 della legge 225/1992, appartenendo entrambe le fattispecie ad un unico genus".

Orbene, tale affermazione può essere condivisa, ma in un senso diametralmente opposto a quello prospettato dall'Amministrazione, cioè nel senso che anche i "grandi eventi", per rientrare nella competenza della Protezione civile, debbono appartenere al più ampio genere costituito dalle situazioni di grave pericolo»⁵³⁴.

In sintesi, la deduzione dei giudici contabili sottolineava il fatto che non tutto ciò che è dichiarato come grande evento debba, necessariamente, essere affidato al Dipartimento della Protezione civile. Quest'ultimo sarà destinatario solo ed esclusivamente di situazioni che, seppure non strettamente connesse a calamità naturali, possono allo stesso modo rappresentare un rischio serio per la vita e l'ambiente.

Argomentazione che, ad avviso della Corte dei Conti, non solo appariva più aderente all'interpretazione letterale della norma, ma risultava anche in linea con la

⁵³⁴ Deliberazione Corte dei Conti n. 5/2010/P del 4 marzo 2010, pagg. 24 – 25.

volontà del legislatore che certo non può ammettere il proliferare di ordinanze di urgenza, in deroga alle leggi ordinarie, se non allo scopo di tutelare interessi primari e costituzionalmente garantiti. Un diverso modo di ragionare sarebbe stato privo di qualsiasi fondamento costituzionale ed è proprio in virtù di tale assunto che la sezione della Corte ha puntato a fornire un'interpretazione "costituzionalmente orientata" della norma nel senso di limitare la potestà di emettere ordinanze solo ed esclusivamente in ipotesi di assoluta emergenza. Difatti, sosteneva la Corte, di fronte a profili di dubbia legittimità costituzionale, è dovere del giudice non richiedere comunque l'intervento della Corte costituzionale se detti profili di illegittimità possono essere superati attraverso una interpretazione della norma più aderente ai principi costituzionali.

Esclusa quindi l'applicabilità dell'esenzione dal controllo di legittimità, ai giudici contabili non restava che accertare se l'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 dicembre 2009, n. 3838 rientrasse in una delle tipologie tassativamente previste dall'art. 3, comma 1 della legge 20/1994.

L'opzione è ricaduta sulle *direttive generali per l'indirizzo e lo svolgimento dell'azione amministrativa*⁵³⁵, precisando che la stessa giurisprudenza della Sezione centrale della Corte dei Conti sul tema delle direttive fosse nel senso che «*per direttiva si intende la formulazione di un principio suscettibile di applicazione ad una pluralità di atti, rivolto a conformare il contenuto degli atti medesimi, e destinato a rimanere*

⁵³⁵ Di cui alla lettera b), art. 3, comma 1 della legge n. 20 del 1994.

In questo passaggio della sentenza, viene richiamata la deliberazione n. 9/2005/P del 19 maggio 2005: «*Sulla tematica dell'assoggettamento degli atti al controllo preventivo della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, possono insistere margini di opinabilità attesa la necessaria interpretazione che le singole disposizioni (in particolare, lett. "b" e "c") contenute nella norma surriferita richiedono, e rilevato, nel contempo, il contenuto atipico dei provvedimenti emessi sovente dall'Amministrazione, che non consente una loro puntuale collocazione sistematica.*

Proprio per i motivi suesposti, uno dei momenti fondamentali del controllo preventivo di legittimità riguarda la pregiudiziale valutazione volta a stabilire se un determinato atto rientri o meno in una delle tipologie tassativamente previste dal ripetuto art. 3, comma 1 della legge 20/1994.

Nel quadro di un esame condotto in spirito di ossequio alla legge, più volte la Corte ha ritenuto che determinati atti, pur trasmessi per il controllo, non fossero da assoggettare al medesimo, perché non ascrivibili ad alcuna delle tipologie tassativamente previste; per converso, e nel medesimo spirito, la Corte ha ripetutamente esercitato il suo potere-dovere di dichiarare soggetti a controllo di legittimità atti che non le erano stati trasmessi, allorché ha ritenuto che determinati atti, anche indipendentemente dal loro nomen iuris, rientrassero in una delle tipologie indicate dal ripetuto art. 3, comma 1 della legge 20/1994».

fermo per il tempo necessario a ricevere concreta attuazione»⁵³⁶ e che tali caratteristiche si rinvenivano appieno nell'ordinanza in questione⁵³⁷.

In conclusione, nella vicenda esaminata con la deliberazione n. 5/2010/P è stato posto in evidenza il difficile rapporto tra necessità emergenziale e legalità; rapporto sul quale la Corte dei Conti – attraverso un'interpretazione delle norme emanate in materia – ha imposto dei paletti da porre ai possibili “sconfinamenti” dell'esecutivo.

Un immediato effetto ottenuto è stata la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 luglio 2010⁵³⁸, avente ad oggetto *«Nuovi indirizzi per la dichiarazione dello stato di emergenza e di grande evento»*, che definisce indirizzi relativi alla deliberazione dello stato di emergenza ed individua una serie di criteri di riferimento per la dichiarazione di grande evento. In quest'ultimo caso, la direttiva considera tali manifestazioni come delle situazioni straordinarie aventi *«potenzialità atte a generare stravolgimenti nell'ordinario sistema sociale»* e, quindi, causa di un'accentuazione dei rischi, i quali – pur essendo prevedibili e prevenibili solo parzialmente – devono attenersi alla compromissione dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente. Alla luce di tale interpretazione, per il Presidente del Consiglio appare quindi necessario individuare i presupposti che, almeno in linea di principio generale, devono sussistere per consentire il ricorso agli strumenti previsti dal citato decreto-legge n. 343 del 2001. La stessa direttiva aggiunge che *«nell'indicata prospettiva, risulta utile prendere le mosse dalla considerazione che gli stati di emergenza nazionale di protezione civile ed i «grandi eventi», pur se aventi ad oggetto situazioni fattuali oggettivamente diverse e non riconducibili tipologicamente l'una all'altra, trovano tuttavia un denominatore comune nell'accertata esigenza di porre mano a strategie di intervento finalizzate al conseguimento, mediante il ricorso a mezzi e poteri straordinari, di obiettivi di preminente interesse pubblico non altrimenti raggiungibili,*

⁵³⁶ Vedi la citata deliberazione n. 9/2005/P.

⁵³⁷ Essa, infatti:

- a) indica degli obiettivi da perseguire, lasciando all'autorità incaricata di adattare il suo comportamento alle circostanze, con margini di discrezionalità quanto ai tempi ed ai modi (differenziandosi in ciò dall'ordine);
- b) istituisce strutture organizzative sia pure temporanee, disciplinandone funzioni e trattamento economico;
- c) autorizza ampie deroghe alla normativa in vigore.

⁵³⁸ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 185 del 10 agosto 2010.

sulla base degli ordinari assetti normativi e procedurali, entro i ristretti orizzonti temporali imposti da circostanze esterne.

Le esigenze di intervento nell'ambito dei «grandi eventi» possono prodursi dalla coesistenza di ambiti settoriali assai disparati e mutevoli, in relazione al contesto territoriale di riferimento».

Le analisi o proposte per le determinazioni del Consiglio dei Ministri in merito alla dichiarazione di grande evento dovranno quindi tener conto dei seguenti parametri:

- 1) complessità organizzativa dell'evento tenuto conto della rilevanza e della sua dimensione nazionale o internazionale, delle autorità partecipanti, dell'impatto sull'economia e sullo sviluppo, anche infrastrutturale dell'area interessata, della prevedibile elevata affluenza di pubblico e di operatori economici, del rischio di compromissione per l'ambiente ed il patrimonio culturale del Paese;
- 2) esigenza di provvedimenti e piani organizzativi straordinari per garantire la sicurezza, anche in considerazione dell'impiego eccezionale e coordinato di uomini e mezzi, della necessità di adottare misure eccezionali per l'accesso ai luoghi interessati dall'evento e di salvaguardare lo svolgimento delle attività economiche e dei servizi pubblici;
- 3) necessità di adottare misure straordinarie per l'uso del territorio, la mobilità, la viabilità ed i trasporti;
- 4) definizione ed esecuzione, anche con procedure semplificate, di piani sanitari di natura eccezionale, finalizzati a garantire il pronto intervento anche attraverso l'utilizzo straordinario di personale, mezzi e strutture;
- 5) adozione di misure, volte ad evitare che dalla celebrazione dell'evento possano derivare conseguenze negative a carico del territorio.

Nonostante le innovative sentenze della Corte dei Conti appena citate e la presenza della Direttiva PCM 27 luglio 2010, le indicazioni in esse contenute sono state più volte disattese. Tra i vari esempi, il più grave è senza alcun dubbio il caso dell'Expo

2015 di Milano, per il quale le relative ordinanze contengono deroghe, spesso molto estese, alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici⁵³⁹.

Una situazione controversa che – come già anticipato – è stata propedeutica per l'intervento abrogativo dei grandi eventi realizzati con la legge n. 27 del 2012.

⁵³⁹ Vedi Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3840 del 19 gennaio 2010 (Gazzetta Ufficiale n. 21 del 27 gennaio 2010) – «*Disposizioni concernenti la realizzazione del «grande evento» EXPO Milano 2015*» e Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3900 del 5 ottobre 2010 (Gazzetta Ufficiale n. 243 del 16 ottobre 2010) – «*Disposizioni concernenti la realizzazione del "grande evento" EXPO Milano 2015*». Quest'ultima – diffusa all'indomani della pubblicazione quanto della Deliberazione della Corte dei Conti n. 5/2010/P, quanto della Direttiva PCM 27/7/2010 – è stata oggetto della citata Deliberazione della Corte dei Conti n. 23/2010/PREV.

CONCLUSIONI

Alla luce dell'analisi compiuta si può osservare come l'utilizzo di atti in deroga *ad ogni disposizione vigente* nel settore degli appalti pubblici possa provocare la sottrazione di una fetta di mercato non irrilevante alla disciplina ordinaria ed alle ordinarie forme di controllo della spesa.

A fronte di tale contesto si sono succeduti nel tempo interventi della Magistratura – civile, contabile ed amministrativa – nonché dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, tendenti a fissare i confini dell'esercizio del potere emergenziale per evitare il verificarsi di situazioni di abuso.

L'attenzione si è focalizzata soprattutto nella definizione dei presupposti per l'adozione delle ordinanze e dei limiti sia del potere ordinatorio, sia del potere di deroga alla normativa primaria.

Quest'ultima, rappresentata in particolare dal Codice degli appalti pubblici nell'ordinamento nazionale, si pone l'obiettivo, sulla scorta dell'introduzione dei principi fondamentali di matrice comunitaria attraverso le *direttive appalti*, di aumentare il tasso di concorrenza.

Un sistema concorrenziale, infatti, è strumentale al conseguimento della libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi anche nel settore pubblico, con conseguenti effetti vantaggiosi sul lato della domanda, in termini di maggiore qualità ed economicità degli affidamenti. Per altro verso, nell'ottica dell'offerta verrebbe perseguito il fine di realizzare un mercato unico nel settore degli appalti pubblici, dove sviluppare le imprese europee in modo tale da consentir loro di competere anche con imprese extracomunitarie in un'ottica globale.

Il ruolo della concorrenza come principio ispiratore si può evincere anche dalla riforma del Titolo V della Costituzione della Repubblica Italiana avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, laddove si riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza. Nella contrattualista pubblica ciò ha rappresentato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione.

Il mutamento di prospettiva incide sull'assetto sostanziale e sull'approccio metodologico di regolazione degli appalti pubblici, nonché nell'interpretazione e nell'applicazione della relativa disciplina. Per un verso, la visione *contabilistica* della disciplina degli appalti pubblici pretende un reticolo fitto di regole rigide di tipo *command and control*. Per altro verso, la visione pro concorrenziale di natura comunitaria concede più ampie aree di flessibilità alle stazioni appaltanti, introducendo anche momenti di regolazione cooperativa, cioè di interazione con i privati al fine di ridurre le asimmetrie informative.

Gli obiettivi di tutela dell'amministrazione e dell'erario, tipici della legislazione nazionale *pre comunitaria*, e quelli di trasparenza e *par condicio*, introdotti dalle norme comunitarie, si sintetizzano nell'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica che dominano l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

È però emerso un impiego sempre più massiccio da parte del Governo del potere di emergenza, giustificato dall'insorgere di una situazione contingibile ed urgente, che permette di derogare alle disposizioni vigenti in nome di una necessità incombente di intervento al fine di tutelare beni costituzionalmente protetti quali la vita, la salute e la sicurezza.

Nel corso del tempo, l'uso di tale potere derogatorio si è trasformato in abuso, perpetrato soprattutto con le c.d. ordinanze di protezione civile, le quali hanno concorso al consolidamento di un impianto eccezionale – parallelo e alternativo a quello ordinario – consentendo un'estensione dei presupposti dell'emergenza e lo stabilizzarsi delle deroghe alle leggi vigenti ed al sistema ordinario delle competenze. Tutto ciò attraverso il ricorso imponente da parte del Consiglio dei ministri alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Al processo di allontanamento dalle procedure ordinarie nell'utilizzo di poteri di ordinanza ha contribuito l'introduzione nell'ordinamento nazionale del comma 5, articolo 5-bis del decreto – legge 343 del 2001, attraverso il quale è stato esteso il ricorso al potere di ordinanza con riferimento ai grandi eventi.

In sostanza, quasi ogni accadimento *non ordinario* – quale può essere un terremoto, una tensione sociale legata al cattivo smaltimento di rifiuti in zone urbane o il funerale di un pontefice – viene gestito con atti amministrativi che derogano a

normative di vario genere, in particolare quelle concernenti le procedure contrattuali, e talora sommariamente indicate. Creando così una stretta correlazione tra straordinarietà dell'evento e straordinarietà del potere, concentrato nell'ambito del sistema di protezione civile.

Come già anticipato, la scienza giuridica ha più volte posto l'accento sulle numerose criticità derivanti dall'utilizzo di questo sistema parallelo.

In primis, il mancato rispetto dei limiti del potere d'urgenza. Nella disamina dell'amministrazione dei fatti emergenziali, infatti, si ravvisa facilmente come per la gran parte dei casi lo stato di emergenza è procrastinato nel tempo – a volte per anni, come nell'emergenza rifiuti nella regione Campania – perdendo così il presupposto della contingibilità ed acquisendo un'efficacia *sine die*.

Alla validità illimitata nel tempo delle ordinanze, inoltre, si aggiungono spesso la mancanza di un'adeguata motivazione e del nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione e, soprattutto, la non conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico, nazionali e comunitari.

Attraverso l'osservazione degli articoli derogati dalle ordinanze, infatti, si può riscontrare come il rispetto dei principi fondamentali del Codice dei contratti pubblici – tra i quali tutela della libera concorrenza, divieto di discriminazione a causa della nazionalità, eguaglianza, proporzionalità, trasparenza, pubblicità – è fortemente compromesso.

Ci si è chiesto, a questo punto, se, nonostante le problematiche appena descritte, l'uso dei poteri d'emergenza fosse comunque in grado di attenuare efficacemente quelle difficoltà derivanti da situazioni di necessità, in cui l'uso dei poteri ordinari non sembri adeguato.

La risposta, purtroppo, deve essere negativa, poiché nelle modalità in cui è stato di fatto utilizzato, il potere derogatorio non sembra aver risolto né i problemi relativi al rispetto dei tempi e delle previsioni progettuali, né quelli legati al contenimento della spesa effettiva nei limiti di quella preventivata.

Dello stesso avviso, del resto, appare il legislatore che è più volte intervenuto con l'obiettivo di contingentare l'uso delle ordinanze contingibili ed urgenti, fino a

riformare la Protezione Civile con il decreto – legge n. 59 del 15 maggio 2012 («Disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile»).

Le nuove disposizioni sono state dettate nell’ottica di una riconduzione della Protezione Civile al nucleo originario di competenze, con la finalità prevalente di rendere più incisivi gli interventi nella gestione delle emergenze. In questo contesto si collocano anche, da una parte, l’abrogazione della norma di estensione delle disposizioni della Legge n. 225/92 alla dichiarazione dei grandi eventi e, dall’altra parte, le modifiche apportate alle Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti, dalle quali si ricava l’intenzione del legislatore di sottoporre ad un maggiore controllo, anche preventivo di legittimità della Corte dei Conti, le ordinanze in deroga per l’attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Le correzioni normative avviate dal d.l. n. 52/2009 hanno replicato alle osservazioni critiche della Magistratura e dell’autorità di vigilanza. In particolare, si può evidenziare che sono stati irrobustiti i confini al potere di deroga, affermando – di fianco al necessario rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico – l’ancoraggio ai criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza e specificando quali attività possono essere oggetto dell’intervento emergenziale.

È stata inoltre assolta la duplice esigenza di definire per legge sia un lasso temporale al potere emergenziale che il quadro relativo alla copertura economica.

In conclusione, il legislatore tenta di porre un freno all’ipertrofico impiego dei poteri d’ordinanza, ristabilendo le opportune condizioni affinché siano le sole vere emergenze il presupposto all’utilizzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizioni vigente e non anche svariati accadimenti che poco o nulla hanno a che fare con situazioni di emergenza.

BIBLIOGRAFIA

- Acherman B., *“La Costituzione di emergenza”*, Roma, Meltemi, 2005
- Agamben G., *“Stato di eccezione”*, Bollati Boringhieri, 2003
- Amato G., *“Rapporti fra fonti primarie e norme secondarie”*, Milano, Giuffrè, 1963
- Amorosino S., *“Profili pubblicistici comuni delle amministrazioni d'emergenza, straordinarie e commissariali, di imprese in crisi o con gravi irregolarità gestionali”*, in Aipda, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005
- Andronio A., *“Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente”*, Milano, Giuffrè, 2004
- Angiolini V., *“Necessità ed emergenza nel diritto pubblico”*, Padova, Cedam, 1986
- Baldi B., *“Gestire l'emergenza: le politiche di protezione civile in prospettiva comparata”*, Roma, Consiglio nazionale delle ricerche, 1996
- Barone A., *“Il diritto del rischio”*, Milano, Giuffrè, 2006
- Bartolomei F., *“Potere di ordinanza e ordinanze necessitate”*, Milano, Giuffrè, 1979
- Bauman Z., *“La società dell'incertezza”*, Bologna, Il Mulino, 1999
- Beck U., *“La società del rischio. Verso una seconda modernità”*, Roma, Carocci, 2000
- Benazzo A., *“L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza”*, Torino, Giappichelli, 2004
- Bluntschli J.K., *“Dottrina dello stato moderno”*, Vallardi, Napoli, 1879
- Bombardelli M., *“Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza”*, in Aipda, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005
- Bonvecchio C., *“Decisionismo. La dottrina politica di Carl Schmitt”*, Milano, Unicopli, 1984
- Broyelle C., *“L'urgence en droit administratif français”*, in Aipda, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005
- Capantini M., *“I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali”*, Editoriale Scientifica (collana Percorsi di diritto amministrativo), 2010
- Cardone A., *“La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo”*, Giappichelli, Torino, 2011

Cardone A., *“Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo”*, in Caretti P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Giappichelli, Torino, 2007

Caserta M., *“La decisione sovrana. Potere ed autorità fra Thomas Hobbes e Carl Schmitt”*, Torino, Giappichelli, 1966

Casetta E., *“Manuale di diritto amministrativo”*, Giuffrè, 2008

Cassese S., *“Le basi costituzionali”*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte generale*, Giuffrè, 2003

Cassese S., *“I paradossi dell'emergenza”*, in Aipda, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005

Cassese S., *“La crisi dello Stato”*, Roma – Bari, Laterza, 2001

Cassese S., *“Oltre lo Stato”*, Roma – Bari, Laterza, 2006

Cavallo Perin R., *“Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione”*, in Aipda, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005

Cavallo Perin R., *“Potere di ordinanza e principio di legalità”*, Milano, Giuffrè, 1990

Cerulli Irelli V., *“Lineamenti del diritto amministrativo”*, Torino, Giappichelli, 2011

Costanzo P., Florida G., Sorrentino F., *“Costituzione della Repubblica Italiana e altre leggi di rilievo costituzionale”*, Genova, E.C.I.G., 1985

Crisafulli V., *“Lezioni di diritto costituzionale”*, Padova, Cedam, 1984

De Leonardis F., *“Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza”*, in *Il foro amministrativo. C.d.S*, Anno 2005, fasc. 10

De Leonardis F., *“Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio”*, Milano, Giuffrè, 2005

Della Cananea G., *“Le alternative all'evidenza pubblica”*, Tomo Primo, cap. 7 de “I contratti con la pubblica amministrazione”, a cura di Claudio Franchini

Denozza F., *“Norme efficienti : l'analisi economica delle regole giuridiche”*, Milano, Giuffrè, 2002

Dicey A., *“Introduzione allo studio del diritto costituzionale”*, Bologna, Il Mulino, 2003

Esposito C., *“Decreto-legge”*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962

Fioritto A., *"L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie"*, Il Mulino, 2008

Franchini C., *"I contratti di appalto pubblico"*, UTET Giuridica, 2010

Galateria L., *"I provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze"*, Milano, Giuffrè, 1953

Gallucci C., voce *"Appalto Pubblico"*, in Enc. Giuridica Treccani

Gandini F, Montagni A., *"La protezione civile"*, Giuffrè, 2007

Gargiulo U., *"I provvedimenti d'urgenza"*, Napoli, Jovene, 1954

Giampaolino L., *"Il Servizio nazionale di protezione civile. Commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225"*, Milano, Giuffrè, 2003

Giannini M.S., *"Diritto amministrativo"*, Milano, Giuffrè, 1970

Giddens A., *"Le conseguenze della modernità"*, Bologna, Il Mulino, 1994

Grasso P., *"Necessità (dir. pubbl.)"*, in Enc. Dir., vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977

Greco G., *"I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica"*, Giuffrè, Milano, 1986

Ledda F., *"Il problema del contratto nel diritto amministrativo"*, Torino, 1964 ora in Scritti giuridici, Padova, 2002.

Maggiora E., *"Le ordinanze negli enti locali"*, Giuffrè, Milano, 2008

Malo M., Severi F.S., *"Il servizio nazionale di protezione civile"*, Torino, Giappichelli, 1995

Marazzita G., *"L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli"*, Milano, Giuffrè, 2003

Marazzita G., *"Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza"*, in AIC, 2 luglio 2012

Marzuoli C., *"Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri"*, in Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, Giuffrè, 2005

Massera A., *"I principi generali dell'azione amministrativa"*, in Cerulli Irelli V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovenne, 2006

Mattarella B.G., *"Il provvedimento"*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte generale*, Giuffrè, 2003

Meoli C., *“La protezione civile”*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte generale*, Giuffrè, 2003

Merusi F., *“Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo”*, Bologna, Il Mulino, 2007

Miele G., *“Le situazioni di necessità dello Stato”*, in Arch. Dir. pubbl., 1936

Modugno F., Nocilla D., *“Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano”*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988

Modugno F. *“Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto”*, Giappichelli, 2005

Morelli G., *“La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno”*, Milano, Giuffrè, 1966

Morrone A., *“Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto”*, in Vignudelli A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009

Mortati C., *“Istituzione di diritto pubblico”*, Cedam, Padova, 1975

Nobile A., *“Le nuove direttive: i principi generali”*, in Fiorentino L., Lacava C., (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Quaderni del Giornale di Diritto amministrativo, Roma, 2004

Orlando V.E., *“Principi di diritto costituzionale”*, Firenze, V ed., 1917

Pace A., *“Problematica delle libertà costituzionali”*, 3° ed., Padova, Cedam, 2003

Padoin P., *“La protezione civile in Italia: funzioni, competenze, rischi e piani di intervento”*, Roma, La Nuova Italia scientifica, 1988

Pinna P., *“L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano”*, Milano, Giuffrè, 1998

Ranelletti O., *“Principi di diritto amministrativo”*, Napoli, Pierro, 1912

Razzano G., *“Le ordinanze di necessità e urgenza nell’attuale ordinamento costituzionale”*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, IV, Napoli, 2008

Rescigno G.U., voce *“Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza”*, in Nov. Dig. It., XII, 1965

Salvadori L., Rumiat R., *“Nuovi rischi, vecchie paure : la percezione del pericolo nella società contemporanea”*, Bologna, Il mulino, 2005

- Salvia F., *“Il diritto amministrativo e l’emergenza derivante da cause e fattori interni all’amministrazione”*, in Aipda, *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005
- Sandulli A.M., *“Fonti del diritto”*, in Nov. Dig. It., VII, Torino, Utet, 1961
- Sandulli A., *“L’Agenzia di protezione civile (articoli 79-87)”* in A. Pajno e L. Torchia (a cura di), *La riforma del governo: commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri*, , Bologna, Il Mulino, 2000
- Schmitt C., *“La dittatura”*, Roma – Bari, Laterza, 1975
- Schmitt C., *“Dottrina della Costituzione”*, Milano, Giuffrè, 1984
- Schmitt C., *“Le categorie del “politico””*, Bologna, Il Mulino, 1972
- Scoca F.G., voce *“Attività amministrativa”*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 2002
- Sgro A., *“Appalti di forniture: procedure di evidenza pubblica”*, Giuffrè, Milano, 2004
- Sofsky W., *“Rischio e sicurezza”*, Torino, Einaudi, 2005
- Tarozzi A. (a cura di), *“Stato di emergenza”*, Milano, Angeli, 1983
- Torchia L., *“Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell’ordinamento europeo”*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- Ventura G., *“Ruolo e potere di ordinanza del Sindaco prima e dopo il decreto Maroni”*, in Lorenzetti A., Rossi S. (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Jovene Editore, Napoli, 2009
- Zaccaria, *“I contratti della pubblica amministrazione”*, Roma, 1983
- Zagrebelsky G., *“Il sistema costituzionale delle fonti del diritto”*, Torino, Edizioni Giuridiche Economiche Scientifiche, 1984

Articoli di dottrina

- Albanesi E., Zaccaria R., *“Le ordinanze di protezione civile «per l’attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2009

Asprone M., *"La procedura ad evidenza pubblica: caratteri generali"*, in Nuova Rassegna di legislazione, dottrina, giurisprudenza, 2009

Azzariti G., *"L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione"*, reperibile alla pagina web lombardia.anpi.it/voghera/corsivi/azzariti.htm

Cardone A. *"La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo"*, intervento svolto durante il Seminario "Le ordinanze di protezione civile. Un esame dei casi concreti nella XVI legislatura", promosso dal Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, Firenze, 4 febbraio 2011

Cerase M., voce *"Ordinanze di urgenza e necessità"* in Dizionario di Diritto pubblico, diretto da Sabino Cassese, Milano, Giuffrè, 2006

Cerulli Irelli V., *"Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione"*, Diritto Pubblico , 2/2007;

Crisafulli V., *"Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti"*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1960

Del Vescovo D., *"Interpretazione restrittiva delle deroghe al principio dell'evidenza pubblica e obbligo di colui che intende avvalersene per dimostrare l'esistenza di circostanze eccezionali"*, Rivista Trimestrale degli Appalti.

Di Nitto T., Cataldi C., *"Le competenze del Sindaco nella recente giurisprudenza"*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 6/2008

Duilio L., *"Sulle ordinanze di protezione civile – Il Parlamento di fronte alle procedure, alle strutture e ai poteri dell'amministrazione dell'emergenza"*, studio pubblicato in allegato al resoconto della seduta del Comitato per la legislazione del 23 novembre 2010

Fidone G., *"Un'applicazione di Analisi Economica del Diritto: la procedura per la scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing"* SIDE-ISLE working paper, 2005

Fioritto A., *"I commissari straordinari per il completamento delle opere pubbliche"*, in Giornale di diritto amministrativo, 11, 2005

Franchini F., *"Sui provvedimenti amministrativi d'urgenza"*, in Rassegna di diritto pubblico, 1946, II

Galdenzi C., *"Il Consiglio di Stato si oppone ad una «ordinarizzazione» dei poteri di emergenza, nota a Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6280"*, in Rivista Giuridica dell'Ambiente, 3-4, 2003

Giannini M.S., *"I contratti ad evidenza pubblica"*, in Dir. Amm., 1998

Giannini M.S., *"Poteri di ordinanza e atti necessitati"*, in Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione, Sezioni civili.

Gnes M., *"I limiti del potere d'urgenza"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1, 2005

Greco G., *"I contratti ad evidenza pubblica"*, in Argomenti di diritto amministrativo, Milano, 2000

Guala C., *"Per una tipologia dei mega eventi"*, Bollettino della Società Geografica Italiana, serie XII, volume VII, 2002

Guzzo G., *"L'appalto pubblico: fisiologia e patologia della vicenda contrattuale nel nuovo schema legislativo e giurisprudenziale"*, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it, 14 maggio 2010

Immordino M., Police A. (a cura di), *"Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003"* Torino, Giappichelli, 2004

Leggiadro F., *"I contratti di rilevanza comunitaria, commento a Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"*, in Urbanistica e appalti, 2006, n. 8

Martini C., *"Emergenze rifiuti e ordinanze extra ordinem"*, in Giornale di Diritto Amministrativo, 11, 2003

Mazzola M.A., *"Smaltimento rifiuti. Lo straordinario «ordinario» non si rifiuta"*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 2, 2002

Montanari A., *"Grandi eventi, marketing urbano e realizzazione di nuovi spazi turistici"*, Bollettino della Società Geografica Italiana, serie XII, volume VII, 2002

Paladin L., *"In tema di decreti legge"*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3, 1958

Pepe V., *"La protezione civile tra complessità e qualità della legge"*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 3-4, 2005

Pinelli C., *“Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana”*, Diritto Pubblico, 2/2009;

Poli V., *“Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni”*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Rescigno G.U., *“Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 della Corte Costituzionale”*, in Giur. cost., n. 3/1995

Romboli R., *“Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza”*, in Foro. It., Zanichelli, nn. 7-8/2007

Santoro E., *“Nel labirinto della giurisprudenza nella materia dei contratti pubblici”*, Rivista Trimestrale degli Appalti , 1/2010;

Trabucco D., Megali I., *“Un nuovo abuso nell’utilizzo della decretazione legislativa d’urgenza: i decreti-leggi “omnibus”. La corte ha perso l’occasione per “costituzionalizzare” il requisito della omogeneità del decreto-legge”*, in Diritto costituzionale, 18/10/2007;

Treves G., *“La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza”*, in Giurisprudenza costituzionale, 1956

Vesperini G., *“La semplificazione del procedimento amministrativo”*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1998

Ventimiglia C., *“Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile”*, in Cons. Stato, 2004, II