

in copertina: G. de Chirico, *L'Enigme d'une journée* (1914) New York, The Museum of Modern Art.

OLTRE LA PANDEMIA

SOCIETÀ SALUTE
ECONOMIA E REGOLE
NELL'ERA POST
COVID-19

a cura di
Gianmaria Palmieri

II

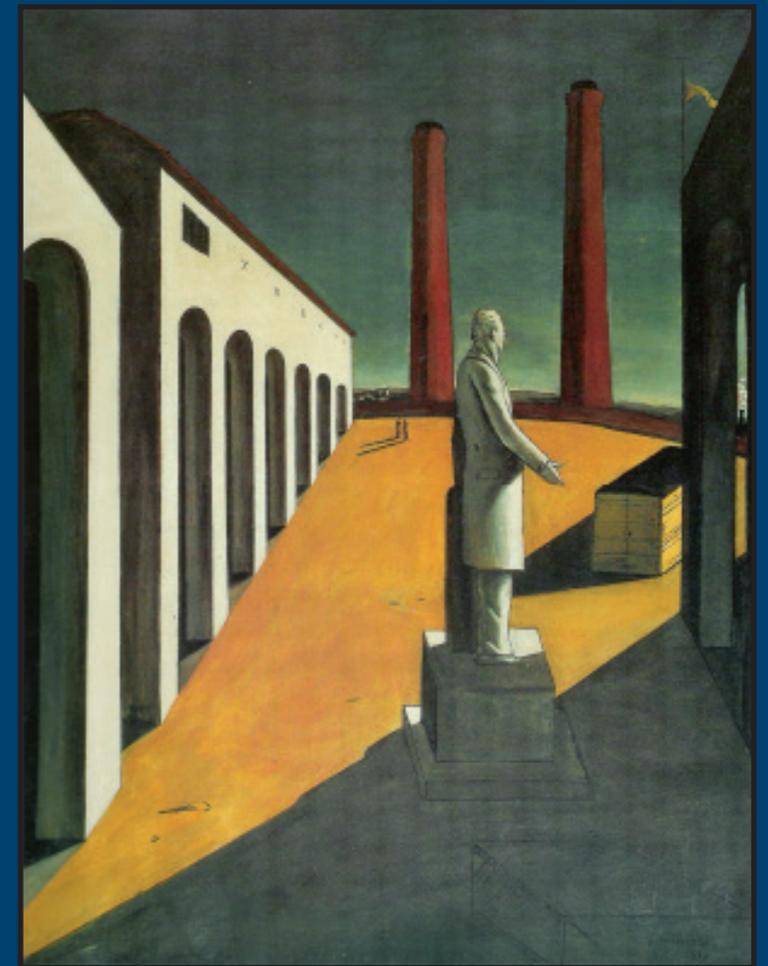
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
*Centro di ricerca interdisciplinare
su Governance e Public Policies*

OLTRE LA PANDEMIA

Società, salute, economia e regole
nell'era post Covid-19

a cura di
Gianmaria Palmieri

VOLUME II



SE

EDITORIALE SCIENTIFICA

OLTRE LA PANDEMIA
Società, salute, economia e regole
nell'era post Covid-19

a cura di

Gianmaria Palmieri

Volume II

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-846-6

**IL POTERE DEROGATORIO DELLE RECENTI ORDINANZE
DI PROTEZIONE CIVILE, DEL COMMISSARIO STRAORDINA-
RIO PER L'EMERGENZA COVID-19
E LA VIGILANZA COLLABORATIVA DELL'ANAC**

ANTONINO ILACQUA

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il potere di ordinanza di protezione civile e la dichiarazione dello stato di emergenza – 3. Il potere derogatorio dell'ordinanza di protezione civile – 4. Le ordinanze derogatorie del Capo Dipartimento della Protezione Civile – 5. Le ordinanze del Commissario straordinario – 6. La vigilanza collaborativa dell'ANAC sulle ordinanze derogatorie – 7. Conclusioni.

1. La questione delle recenti ordinanze derogatorie del Capo Dipartimento della Protezione Civile, in special modo in materia di appalti pubblici, è piuttosto delicata e merita attente osservazioni alla luce dell'ordinamento giuridico odierno.

Essa va inquadrata alla stregua degli articoli 5 e 25 del decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018 (Codice di Protezione Civile, di seguito Codice) disposizione quest'ultima che evoca, quale demarcazione invalicabile del potere derogatorio, i limiti indicati nella deliberazione dello stato di emergenza. Sul piano teorico, l'emergenza è espressione della necessità¹.

¹ Secondo gli insegnamenti della scuola italiana di diritto pubblico, la situazione di base cui ricondurre gli atti giuridici *extra ordinem* è la necessità. Per la sua definizione teorica v. SANTI ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, ora in SANTI ROMANO, *Scritti minori* (raccolti da G. Zanobini), Milano, 1950, vol. I, 287 ss. La situazione di necessità, nei termini definiti da Santi Romano, è più volte evocata nei commenti che in questi tempi sono stati scritti a margine della legislazione dell'emergenza COVID. Di là di alcune citazioni e di alcuni riferimenti che in quei commenti sembrano filologicamente e concettualmente impropri e inadeguati, la necessità può essere utilmente richiamata per inquadrare l'emergenza attuale, ma ne sia chiaro subito il presupposto: la necessità era intesa da Santi Romano come situazione non extragiuridica, bensì riconducibile all'interno dell'ordinamento giuridico; e serviva per stabilire non il fondamento bensì i limiti del potere d'urgenza. Questi limiti sono oggi identificabili come espressione dei principi dell'ordinamento, secondo il metodo di lettura messo a punto da R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 777. Con queste avvertenze terminologiche e concettuali, si può parlare

In quest'ottica ci si sofferma sulle misure che, a legislazione vigente, figurano quali idonee soluzioni alla crisi in atto e sulle nuove frontiere della vigilanza collaborativa dell'ANAC che sembra mitigare, in funzione garantista, gli effetti dell'irruzione della deroga sul principio fondamentale della trasparenza, ritenuta, anche a livello internazionale, il più importante dei presidi anticorruzione².

2. L'emanazione delle ordinanze di Protezione Civile è regolata nell'ambito dell'articolo 5³ del Codice, che riguarda le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri. Nel mantenere la "responsabilità" in capo al titolare delle politiche di protezione civile, la disposizione conferma che l'attribuzione della competenza all'esercizio dei poteri di ordinanza spetta al Capo del Dipartimento della protezione civile, salvo non venga diversamente disposto nella dichiarazione dello stato di emergenza. È il successivo articolo 25 a trattare gli aspetti ordinamentali⁴ di siffatte ordinanze, volte a regolare l'attuazione degli interventi da effettuare a seguito di situazioni di emergenza di rilievo nazionale e «*da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

Per siffatta ragione, la questione del potere derogatorio delle ordinanze di protezione civile va inquadrata alla stregua della delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (Covid-19).

dell'ordinanza come di un atto *extra ordinem* fondato sulla necessità dell'emergenza e avente la forza giuridica di derogare alle disposizioni di legge. Ed è in base a questa premessa teorica che si parlerà nel testo di ordinanze e di fondamento giuridico di esse, con le precisazioni aggiunte nella nota 4, circa la natura, consequenziale alle premesse, di atto amministrativo o di atto normativo dell'ordinanza.

² G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 4 ed., 2020, 67

³ Cfr. A. CARAPELUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amministrativo*, T.A.R., fasc. 1, 2010, 321 ss., per il quale l'art. 5 del Codice di protezione civile "si configura come uno dei casi in cui l'ordinamento concede al pubblico potere di intervenire per la cura degli interessi cui è istituzionalmente funzionale in situazioni di emergenza attraverso poteri contingibili e urgenti".

⁴ v. A. ANNECCHINI, F. COLA, R. OREFICINI ROSI, *Il nuovo Codice di protezione Civile*, Roma, EPC Editore (2020), 101 ss.

La delibera, che segue allo stato di emergenza internazionale proclamato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, non definisce limiti particolari al potere di ordinanza, limitandosi a ribadire, in coerenza con la legislazione vigente, che: «Per l'attuazione degli interventi di cui dell'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3».

3. Come detto, le ordinanze del Capo della protezione civile appaiono saldamente legittimate, dal punto di vista del loro fondamento legislativo, dagli articoli 5 e 25 del Codice.

Quest'ultima disposizione determina i limiti e il contenuto delle ordinanze, «da considerare a tutti gli effetti atti normativi⁵, tanto se la categoria in cui tali atti rientrano si ritenga caratterizzata dalla novità, tanto se si ritenga caratterizzata dalla generalità e astrattezza»⁶.

Da ciò consegue un effetto di rilevante importanza: l'ordinanza può prevedere anche deroghe alla legislazione vigente, purché vengano esplicitamente indicate le disposizioni cui si intende derogare e siano rispet-

⁵ V. S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 531 ss. Nel senso che poche nozioni sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della deroga-sospensione delle norme vigenti e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza-indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione e, frequentemente, gli enunciati sono volutamente fuorvianti, occultando sotto formulazioni generalizzanti il riferimento a casi identificati o, viceversa, presentando come dotati del carattere della determinatezza comandi destinati invece a un universo di soggetti e di casi tanto ampio da non essere definibile se non nell'applicazione.

⁶ V. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 109 ss. Nel senso che l'ordinanza sia un semplice atto amministrativo e che la sua forza di deroga derivi dalla norma attributiva del potere di ordinanza e, in fondo, da una ricostruzione dei principi istituzionali dell'ordinamento giuridico, v. R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. aggiornamento IV, Torino, 2010, 336 ss.; nonché, in una prospettiva simile, ma con la variazione che il fondamento della deroga sia non nell'ordinanza in sé ma nella forza delegificante delle leggi di emergenza, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere di natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33. ss., 66-69. Per una descrizione storica dei principi e dei limiti delle ordinanze adottate in emergenza v. M. GNES, *I limiti dei poteri d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss.

tati altresì i limiti fissati nella dichiarazione dello stato di emergenza, che stavolta in realtà non indica alcun limite ulteriore rispetto a quelli del Codice stesso, e quelli stabiliti dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle risorse stanziare.

Come giustamente osservato dalla giurisprudenza amministrativa, le ordinanze di protezione civile «rientrano nell'ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce» (ex plurimis, Cons. Stato, IV, 29 luglio 2008, n. 3726).

Sul piano dei rapporti tra fonti, un ulteriore limite al potere derogatorio deriva dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento di contratti pubblici⁷.

Le iniziative di carattere negoziale, straordinarie ed urgenti, da porre in essere per il superamento di contesti emergenziali per i quali sia intervenuta la dichiarazione dello stato di emergenza o di grande evento, devono infatti essere condotte in armonia con la normativa comunitaria utilizzando, ove necessario, le procedure acceleratorie ivi previste nella ricorrenza delle condizioni di urgenza stabilite per legge.

È quanto si legge nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004, intervenuta a seguito di talune procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano sul presupposto che alcune ordinanze di protezione civile ex articolo 5, comma 2 della legge 225 del 1992 si ponessero in contrasto con le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Secondo la Commissione, infatti, in taluni casi i provvedimenti “*extra ordinem*”, il cui esercizio in termini di presupposti legittimanti ed efficacia è oggi codificato dal D.Lgs. 1/2018, non sarebbero stati supportati dal verificarsi di situazioni e circostanze di grave ed eccezionale necessità tali da richiedere l'adozione di misure ordinarie temporanee anche in deroga alla normativa comunitaria.

Allo stato delle cose, quindi, le ordinanze di protezione civile «non

⁷ V. SALAMONE, *Le ordinanze di protezione civile e il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amministrativo CDS*, n. 3/2008, 937.

devono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie» potendo, alla ricorrenza di situazioni di urgenza e necessità aventi carattere di assoluta imperiosità prevedere esclusivamente la deroga alle disposizioni nazionali in materia di contratti pubblici. 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, servizi e 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»⁸.

Una posizione ribadita anche negli Orientamenti 2020/C 108 I/01 1 aprile 2020 dalla Commissione europea la quale, nel puntualizzare che le direttive europee non contengono vincoli procedurali in situazioni quali l'attuale crisi epidemiologica (il che significa che «nella pratica la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta»), ha saggiamente messo in guardia dalla “normalizzazione” futura di procedure derogatorie del principio fondamentale della trasparenza, che potrebbe essere suggerita dal perdurare della vicenda emergenziale.

4. Con l'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 il Dipartimento della Protezione civile fornisce un elenco tassativo di disposizioni legislative derogabili, previa adeguata motivazione.

Le deroghe riguardano le materie più disparate⁹: contabilità pubblica, testo unico delle acque pubbliche, aspetti ambientali, aspetti archeologici, l'intera legge sul procedimento amministrativo, il Codice dei contratti pubblici, che viene inciso, in maniera anche sostanziale, dal provvedimento straordinario.

Ad un'ottica di semplificazione, in un contesto di costante ricerca di soluzioni idonee, risponde il comma 2 dell'articolo 3 della già citata ordinanza, laddove dispone che il Capo del Dipartimento della Protezione Civile e i soggetti attuatori dal medesimo individuati possano innanzitutto avvalersi, ove ne ricorrano i presupposti, delle procedure previste dagli articoli 63 e 163 del Codice, quali esempi delle possibilità e dei poteri

⁸ Vedi articoli 1 comma 2, 3 e 4 della già citata Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004.

⁹ V. SCARPA, *Emergenza sanitaria COVID-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti*, in www.biodiritto.org.

disponibili a legislazione vigente¹⁰. Nell'impianto codicistico, infatti, entrambe le disposizioni consentono di ridurre considerevolmente i termini procedurali e potrebbero essere in grado di rispettare i vincoli tecnici e temporali imposti dall'emergenza.

Nello specifico, mentre l'art. 63 consente l'aggiudicazione mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, tra l'altro, in casi connotati da urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'amministrazione, l'art. 163 – che riguarda essenzialmente gli acquisti di lavori – permette, in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, al soggetto responsabile del procedimento (ovvero al tecnico competente dell'amministrazione che si rechi per primo sul luogo), di disporre l'immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità, contestualmente alla redazione di un verbale in cui è dato atto dei motivi dello stato d'urgenza, delle sue cause e dei lavori necessari per la rimozione del medesimo.

¹⁰ Sul punto, si veda la “*Proposta di intervento normativo al fine di consentire il ricorso alle procedure previste nell'art. 63 del codice dei contratti pubblici fino al 31 dicembre 2020*” esaminata dal Consiglio dell'ANAC in data 27 maggio 2020. Nel documento, che appare finalizzato ad individuare lo strumento giuridico più idoneo ad autorizzare le stazioni appaltanti a motivare il ricorso alle procedure di urgenza previste dal codice dei contratti per il protrarsi di una situazione emergenziale che pregiudica la ripresa economica e sociale del Paese, l'Autorità ritiene che l'accelerazione delle procedure di affidamento ai sensi dell'art. 63 e dell'art. 163 d.lgs. 50/2016 sia compatibile con il sistema laddove la motivazione, da parte delle stazioni appaltanti, poggi su due elementi: uno temporale ed uno sostanziale afferente all'oggetto dell'affidamento. In particolare, secondo l'ANAC:

- con riferimento al profilo temporale, la possibilità di motivare il ricorso alle procedure di urgenza deve trovare legittimazione nella transitorietà necessaria al superamento dell'emergenza, da intendersi in un senso più ampio rispetto alla stretta nozione adottata dalla normativa sulla protezione civile, considerando quindi anche il profilo della ripresa economica e produttiva e nelle more del potenziamento (digitalizzazione e personale tecnico) delle Stazioni appaltanti qualificate. Il periodo entro il quale consentire tale ricorso non dovrebbe superare, quindi, la data del 31 dicembre 2020;

- sotto il profilo sostanziale, appare necessario che l'oggetto dell'affidamento sia riconducibile ad ambiti previamente individuati. Tali ambiti non devono necessariamente ritenersi limitati a quelli individuati dalla Comunicazione della Commissione Europea 2020/C 108 I/01 del 1.4.2020 (acquisizione di beni e servizi in ambito sanitario destinati a fronteggiare l'emergenza COVID-19). Infatti, poiché le azioni da intraprendere nell'attuale fase sono da intendersi emergenziali in quanto finalizzate a fronteggiare, in prima battuta, i danni subiti dalle attività economiche e produttive, sarà cura del legislatore individuare degli ambiti/settori merceologici nel contesto dei quali gli affidamenti pubblici potranno essere esperiti in urgenza in un'ottica di promozione e sostegno alla ripresa del mercato.

Si tratta, a ben vedere, di disposizioni complementari, volte a coprire l'intero ventaglio in cui può esplicarsi l'attività degli acquirenti pubblici, coinvolgendo sia le prestazioni di servizi e forniture (art. 63) sia quelle dei lavori (art. 163). Con particolare riferimento all'articolo 163, l'ordinanza consente di apportare una deroga ai termini per la redazione della perizia giustificativa di cui al comma 4, che normalmente avviene entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori, nonché a quelli previsti al comma 7 per la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

In relazione all'articolo 63, comma 2, lett. c) del Codice, che già contempla l'ipotesi in cui i termini per le procedure (aperte, ristrette o competitive) non possano essere rispettati, si consideri l'articolo 3, comma 3, dell'ordinanza, che ammette la possibilità di derogare ulteriormente a tali termini *“al fine di accelerare la procedura di scelta del contraente e avviare, per ragioni di estrema urgenza a tutela della salute e dell'ambiente, gli interventi infrastrutturali”*. Tale ultima precisazione, per inciso, appare poco congrua in quanto la *“ordinaria”* lettera c)¹¹ sembra essere ben più ampia di quella in deroga, non essendovi limiti né di materia né di tipologia di interventi.

Accanto agli interventi di natura procedurale, finalizzati a perseguire esigenze di snellimento e di accelerazione, il provvedimento straordinario – come accennato – incide sulle disposizioni codicistiche anche in maniera sostanziale¹².

In tale prospettiva, seppure di dubbia utilità pratica rispetto all'emergenza, si annovera la possibilità per il Capo del Dipartimento della Protezione Civile e per i soggetti attuatori di derogare alle tempistiche necessarie per lo svolgimento delle procedure c.d. ordinarie di cui agli articoli 60 (procedura aperta) e 61 (procedura ristretta) del Codice. Ulteriore deroga è prevista all'articolo 35, nel caso di acquisti di beni o servizi omogenei e analoghi, caratterizzati da regolarità e quindi da rinnovare periodicamente per il periodo emergenziale.

¹¹ Ai sensi dell'articolo 63, comma 2 del Codice, nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata *“c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*.

¹² A. PERLA, *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 sugli appalti pubblici*, in *Il Sole24ore*, 10 aprile 2020.

Tra le altre deroghe - diverse, peraltro, previste in tema di progettazione - particolare menzione merita quella relativa all'art. 95 del Codice che, in condizioni di normalità, consente l'aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso soltanto in presenza di determinati presupposti. L'ordinanza, al contrario, ammette la possibilità di adottare il criterio del prezzo più basso anche al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dal richiamato articolo 95.

Meritano altresì di essere citate le deroghe in materia di esecuzione dell'appalto e, in particolare, quelle previste in materia di subappalto (art. 105 Codice) e varianti in corso d'opera (art. 106 Codice) che consentono, rispettivamente, l'immediata efficacia del contratto di subappalto a far data dalla richiesta dell'appaltatore e l'effettuazione delle verifiche circa il possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 163, co. 7, del Codice, nonché la possibilità di introdurre varianti in corso d'opera non previste dai documenti di gara iniziali. Peraltro, in tale ultima ipotesi, la deroga vale anche con riguardo agli adempimenti nei confronti di ANAC di cui ai commi 8 e 14 dell'art. 106.

L'ordinanza riveste importante rilevanza pratica anche in relazione agli oneri incombenti sugli operatori economici, che possono attestare la presenza dei requisiti di partecipazione alla procedura mediante autocertificazione.

Conseguentemente, i soggetti pubblici sono autorizzati ad accettare tale documentazione, nonché a prevedere penalità adeguate all'urgenza, anche in deroga all'art. 113 bis del Codice, nonché a verificare la soglia di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del Codice, assegnando al concorrente un termine per i chiarimenti compatibile con il periodo emergenziale e comunque non inferiore a cinque giorni.

Sempre sulla scia della semplificazione, l'ordinanza consente l'attivazione di procedure più snelle per l'approvazione dei progetti che costituisce, ove occorra, variante agli strumenti urbanistici del Comune interessato alla realizzazione delle opere o all'imposizione dell'area di rispetto e comporta vincolo preordinato all'esproprio e dichiarazione, di pubblica utilità delle opere, e urgenza e indifferibilità dei lavori.

La deroga più "problematica" dal punto di vista interpretativo sembra essere tuttavia attuata sull'articolo 36 del Codice degli appalti, che disciplina i contratti sotto soglia.

L'ordinanza, come visto, all'art. 3, comma 2, ribadisce l'opportunità che gli acquirenti pubblici prendano in considerazione in via prioritaria le soluzioni già fruibili sul mercato (articoli 63 e 163 del Codice).

Al successivo comma 3, l'ordinanza prevede, allo scopo di consentire

la semplificazione della procedura di affidamento e l'adeguamento della relativa tempistica, che si possa procedere in deroga all'articolo 36 del D.Lgs. n. 50/2016, che disciplina i contratti sotto soglia¹³.

A complicare la situazione viene il comma 5: *“fermo restando quanto previsto al comma 3, ai fini dell'acquisizione di lavori, beni e servizi, strettamente connessi alle attività di cui alla presente ordinanza i soggetti di cui all'art. 1 provvedono, mediante le procedure di cui agli articoli 36 e 63, anche non espletate contestualmente, previa selezione, ove possibile e qualora richiesto dalla normativa, di almeno cinque operatori economici, effettuando le verifiche circa il possesso dei requisiti, secondo le modalità descritte all'art. 163, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016. Ove esistenti, tali operatori sono selezionati all'interno delle white list delle Prefetture”*.

I due commi vanno sicuramente letti in sistema, risultando altrimenti assolutamente complicata la “costruzione” della deroga contenuta nel già richiamato comma 3. La previsione di cinque preventivi è, infatti, la

¹³ Ai sensi del comma 2 dell'art. 36: *“Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta; b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8”*.

regola per le gare ex art. 36 riferite a servizi o forniture da 40.000 a 139.000. Per tale ragione, in un'ottica complessiva, l'unica lettura coerente con le finalità dell'ordinanza stessa è nel senso di consentire, per gli appalti sotto soglia, l'affidamento diretto fino alle soglie dell'art. 35, ferma la possibilità, ove appunto possibile, di individuare cinque operatori. Diversamente la deroga del comma 3, laddove consente appunto di derogare all'articolo 36, non avrebbe senso. A meno di riferire il comma 3, in palese contraddizione con la ratio del provvedimento straordinario, alle sole ipotesi in cui sono richiesti più di cinque operatori (es. gare di lavori per 1 milione).

Sopra soglia, invece, l'ordinanza lascia spazio alla procedura ex articolo 63 del D.Lgs. n. 50/2016 delineando, come visto, un campo di applicazione dai confini addirittura più stringenti rispetto a quelli codicistici i quali, a mio avviso, sono già in palese violazione del divieto di *gold plating*. A differenza di quanto richiesto dal legislatore nazionale nell'articolo 63 del Codice, infatti, l'articolo 32 della Direttiva 2014/24/UE rubricato appunto "*Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione*" non prevede un numero minimo di candidati da consultare.

Con un ulteriore provvedimento, l'ordinanza n. 638 del 22 febbraio 2020, il Capo della Protezione civile è nuovamente intervenuto sugli articoli 36 e 63 del Codice, precisando i limiti delle rispettive già previste deroghe. Nel sostituire il comma 5 dell'articolo 3 dell'ordinanza n. 630/2020, il nuovo provvedimento chiarisce infatti che: "*i soggetti di cui all'articolo 1 provvedono con la procedura di cui all'articolo 36 anche senza previa consultazione di operatori economici e con la procedura di cui all'articolo 63, comma 2, lettera c) in deroga al comma 6 del medesimo articolo 63*"¹⁴.

La disposizione, anche per la parte relativa alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, sembra ora armonizzarsi perfettamente sia con la richiamata Direttiva 2014/24/UE, sia con gli "*Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*" contenuti nell'importante Comunicazione 2020/C 108 I/01 del 1° aprile 2020.

¹⁴ "*Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*".

Al riguardo, vale la pena segnalare un passaggio significativo del documento citato, nel quale viene palesemente evidenziato come nelle situazioni di cui all'articolo 63 del D.Lgs. n. 50/2016 sia possibile derogare anche al principio fondamentale della trasparenza: *“la procedura negoziata senza previa pubblicazione consente agli acquirenti pubblici di acquistare forniture e servizi entro il termine più breve possibile. Come stabilito all'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE («la direttiva»), tale procedura consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e non sono previsti obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali. Nessuna fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE”*.

Alle due ordinanze sopra richiamate hanno fatto seguito una serie di ulteriori ordinanze tra le quali, ai fini che qui interessano, l'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 639 del 25 febbraio 2020, che è intervenuta ancora sul Codice, seppur in misura non altrettanto rilevante.

Questo provvedimento, emanato d'intesa con il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e anche con l'ausilio dell'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, dispone in materia di acquisizione dei dispositivi di protezione individuali (cosiddetti DPI), consentendo alla Protezione Civile di procedere mediante ordini di acquisto che hanno priorità assoluta rispetto ad ogni altro ordine anche già emesso, e lasciando contestualmente libere le Regioni e le Province autonome di acquistare direttamente.

L'ordinanza, inoltre, introduce una deroga all'articolo 35, comma 18 del Codice stabilendo che: *“è possibile corrispondere al fornitore l'anticipazione del prezzo fino alla misura del cinquanta per cento del valore del contratto anche in assenza della costituzione di garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa ivi prevista, ovvero anche in misura superiore al cinquanta per cento ove necessario previa adeguata motivazione”*.

La disposizione, nella sua formulazione, sembra limitata alle sole forniture.

5. Il quadro delle ordinanze di protezione civile è assai più articolato di quanto possa sembrare.

Il potere *extra-ordinem* può infatti essere esercitato anche dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in

forza dell'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. La disposizione, al secondo comma, prevede infatti che il Commissario, nell'ambito dell'azione di collaborazione con le Regioni e di supporto a esse, «*su richiesta*» di queste, possa «*adottare in via d'urgenza ... i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale*»; siffatti provvedimenti, «*di natura non normativa*», possono essere adottati «*in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*». Di essi può essere richiesto il riesame dalla Conferenza Stato-Regioni e dalle singole Regioni «*su cui il provvedimento incide*». Le misure che essi contengono debbono essere «*in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite*». La norma è redatta secondo una tecnica peculiare, poiché appare intesa a prendere posizione nel dibattito dottrinale sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza e ad allinearsi agli orientamenti della giurisprudenza. Così, le ordinanze vengono definite atti non normativi, aderendo a una posizione, invero controversa, tenuta in sede teorica¹⁵.

6. Nel tradizionale assetto contabile dei contratti pubblici, le deroghe sono state sempre viste come un *vulnus* al principio di concorrenzialità e, nella prassi, si sono rivelate spesso terreno fertile per pratiche collusive¹⁶.

Valga per tutte la vicenda che ha dato origine al Mose il quale, nella sua ardita concezione, è configurabile come un vero e proprio “mostro”, non solo dal punto di vista tecnologico ma anche dal punto di vista giuridico. Infatti, per l'esecuzione delle opere necessarie ai fini della conservazione dell'equilibrio idro-geologico della laguna di Venezia e dell'abbattimento delle acque alte nei centri storici, il Ministero dei lavori pubblici venne autorizzato, con apposita legge (5 agosto 1975, n. 404), a bandire un appalto-concorso, con la partecipazione anche di imprese o ditte straniere nonché consorzi o associazioni di imprese nazionali o straniere, in deroga alle disposizioni che disciplinavano lo svolgimento dei concorsi di progettazione e di appalto delle opere di conto dello Stato, anche per quanto concerne la definizione dell'oggetto, le modalità, gli obblighi e le procedure di espletamento.

Sebbene i contesti cui generalmente si rimanda non siano lontanamente

¹⁵ V. S. STAIANO, op. citata.

¹⁶ P. SANTORO, *I fattori legali di rischio che incentivano la corruzione negli appalti pubblici*, in *www.contabilitapubblica.com*, 15 luglio 2014.

paragonabili, per criticità e complessità, alle recenti contingenze, gli stessi valgono comunque da chiaro esempio di come l'allontanamento dal percorso canonico di aggiudicazione di un appalto pubblico possa condurre la contrattazione delle stazioni appaltanti con gli operatori privati verso zone grigie che, in assenza delle garanzie cui è informata la disciplina codicistica, costituiscono humus fertile per reciproci e illeciti scambi di utilità¹⁷.

Illuminante e significativa appare allora, come si è già avuto modo di osservare, la scelta del Dipartimento di Protezione Civile di avvalersi dell'ausilio dell'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, per la stesura delle deroghe in materia di pubblici affidamenti, contenute nelle ordinanze n. 638 e 639, rispettivamente del 22 e 25 febbraio 2020.

Ma in cosa realmente consiste siffatta nuova forma di controllo cooperativo?

Per stare al tema e per meglio comprenderne il significato squisitamente orientativo e pedagogico, occorre ricordare che la vigilanza collaborativa è stata definitivamente introdotta nel nostro ordinamento – sia pure con la limitazione del suo ambito oggettivo di applicazione agli “affidamenti di particolare interesse” – dall'articolo 213, comma 3, lettera h) del D.Lgs. n. 50/2016. L'origine dell'istituto va, tuttavia, rinvenuta nel decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 che, all'articolo 30, opera un richiamo, sia pure in forma non ancora esplicita, all'idea di una diversa fattispecie di vigilanza idonea a tradursi in una verifica preventiva di legittimità degli atti “relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO Milano 2015”¹⁸.

Si tratta di un modello di azione integrata, paritaria e cooperativa, che si esplica in una “sorta di accompagnamento, da parte dell'Autorità, delle amministrazioni coinvolte nell'evento per assicurare la correttezza e la legalità dell'azione nel suo farsi”¹⁹. In sostanza, ci troviamo dinanzi ad un nuovo paradigma idoneo a configurare una funzione di vero e proprio “ausilio procedimentale” per le stazioni appaltanti nell'intera procedura di gara²⁰.

¹⁷ V. SCARPA, *Emergenza sanitaria e COVID-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 177 ss.

¹⁸ E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione “pedagogica” dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017.

¹⁹ R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, 161 ss..

²⁰ E. FREDIANI, op. cit.

Già nel 2016 il Dipartimento di Protezione Civile si avvale dell'ausilio dell'ANAC, allorquando fu stipulato un protocollo di vigilanza collaborativa finalizzato al monitoraggio dei primi e necessari interventi di messa in sicurezza della popolazione colpita dal sisma in Italia Centrale, anch'essi in deroga alla normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica. Nell'attuale contesto, come dicevamo, la vigilanza collaborativa è stata richiesta dal Dipartimento per la definizione della disciplina derogatoria legata all'emergenza. Non è indubbio, infatti, che il contenuto delle ordinanze n. 638 e 639 rientri a pieno titolo nelle ipotesi di applicazione dell'istituto, trattandosi di un programma straordinario di interventi comprendente appalti di notevole rilevanza economica e impatto sul territorio nazionale.

Guardando alle finalità cui è sottesa l'attività di vigilanza collaborativa, la scelta operata dal Dipartimento di avvalersi del ruolo ausiliario e di supporto dell'ANAC appare, allo stato, di grande avvedutezza, creando i giusti presupposti per bilanciare la prevenzione dell'insorgenza di fenomeni corruttivi con l'efficacia degli interventi emergenziali pur nel rispetto dei celeri tempi di esecuzione.

In sostanza, è come se il controllo sulle possibili derive corruttive attivato da un soggetto come l'ANAC fungerebbe da certificazione della legalità e trasparenza di tali procedure²¹.

7. Abbiamo visto come l'Incertezza delle regole, determinata dalla forza giuridica derogatoria delle ordinanze di protezione civile, abbia per certi versi creato un panorama complesso e talvolta contraddittorio, capace di alimentare le più temute pratiche corruttive.

È in questi termini, infatti, che corruzione e norme legislative si alimentano a vicenda, perché il corrotto da sempre si muove indisturbato nella giungla di leggi e deroghe che protegge le sue azioni predatorie²².

Pertanto, nel considerare il rischio di derive corruttive, pur in una tale e grave emergenza sanitaria, e nel cercare di arginarlo ricorrendo alla funzione orientativa e collaborativa dell'ANAC il Dipartimento della Protezione Civile ha dimostrato, come correttamente rievocato in dottrina, grande avvedutezza²³.

Anzi, proprio queste ragioni, bastano a dimostrare che la politica,

²¹ S. BUSSETTI, B. DENTE, *La vigilanza collaborativa a Expo2015, ovvero i vantaggi della complicazione*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2017, n. 1.

²² F. CARINGELLA, R. CANTONE, *La corruzione spuzza*, Milano, Mondadori, 2017, 115 ss.

²³ V. SCARPA, op. cit.

questa volta, non sembra essersi messa di traverso sulla strada delle scelte coraggiose.

È infatti dalla prevenzione che bisogna partire per evitare o rendere molto più difficile il verificarsi di fatti corruttivi. In fondo, sia permesso dirlo, la vigilanza collaborativa agisce soprattutto sul contesto dell'attività amministrativa, in modo da eliminare l'*humus* che favorisce lo sviluppo del fenomeno corruzione.