

Emergenza sanitaria CoViD-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti

Vittoria Scarpa

Dottoressa magistrale in Giurisprudenza, Università di Salento e praticante avvocato.

Mail: vittoriascarpa30@gmail.com.

1. Introduzione

L'emergenza sanitaria globale caratterizzante i primi mesi del 2020 sembra trovare riscontro negli scenari saramaghiani: la rapida diffusione del CoViD-19, sebbene per sintomi differenti dal morbo narrato in "Cecità", si palesa quale materializzazione di quel paradosso raccontato con lucidità dall'autore lusitano, capace di gettare luce su alcuni aspetti della realtà. Come i personaggi del romanzo, infatti, la comunità internazionale è stata sorpresa disarmata da un attacco senza precedenti. Se solo di recente la consapevolezza degli effetti del surriscaldamento globale ha consentito di saggiare l'impotenza umana dinanzi ai fenomeni naturali, gli ultimi avvenimenti hanno esposto la vulnerabilità delle istituzioni nel contrastare una minaccia invisibile, rispondente non ad appelli o tentativi di negoziato, ma ad un solo imperativo: contagiare per riprodursi. L'esigenza di arrestarne la diffusione è assurda, pertanto, ad assoluta priorità, cui diretto adempimento è l'adozione di provvedimenti volti a contenere la contaminazione e curare i soggetti infetti.

Alla natura straordinaria dell'evento si è risposto, più o meno celermente, con misure che, in via altrettanto straordinaria, si discostano dalle leggi dei vari ordinamenti nazionali. Benché le

disposizioni più stringenti, e, non a caso, quelle più avvertite dai cittadini, siano quelle in materia di libera circolazione, un'attenta riflessione meriterebbero anche le provvisorie modifiche alla normativa in materia di pubblici appalti.

In Italia, dichiarato lo stato di emergenza, è stata assegnata al Capo del Dipartimento della Protezione Civile la direzione degli interventi volti alla gestione dell'emergenza sanitaria. A questa si deve far fronte mediante ordinanze in deroga alle norme di legge, tra cui anche il Codice dei Contratti Pubblici. L'importanza di tale rilievo può essere appieno compresa assumendo a paradigma la contingente necessità di dotazione strumentale del comparto sanitario nazionale. Quest'ultima impone canoni di celerità ed efficienza tali da far risultare le canoniche tempistiche di gara un ingiustificato impedimento che, in un contesto ordinario, troverebbe giustificazione nelle garanzie che esso è atto ad assicurare anche al fine di scongiurare possibili derive corruttive: trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento¹.

Sulla possibilità di garantire queste tutele, ci si interrogherà nel prosieguo di questo contributo, a seguito di un doveroso *excursus* sui poteri di deroga in vigore dello stato di emergenza e dopo una disamina di come gli stessi, in materia di contrattualistica pubblica, si atteggiavano in questa attuale, specifica e delicata fase.

2. Stato d'emergenza e potere di ordinanza nella l. 255/1992

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri, conseguentemente allo stato di emergenza internazionale proclamato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, ha deliberato lo stato di emergenza sanitaria per l'epidemia da CoViD-19,

¹ F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in

F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei Contratti pubblici*, Torino, 2017, 16-21.

stabilendone la durata di sei mesi e destinando le risorse per i primi interventi. Nell'atto viene anche disposto che, agli interventi necessari alla gestione emergenziale, avrebbe provveduto il Capo del Dipartimento della Protezione Civile con ordinanze anche in deroga a disposizioni vigenti.

La dichiarazione dell'OMS aveva, di fatto, confermato che quella stessa epidemia che fino a quel momento era stata relegata solo ad un Oriente lontano, aveva ridotto di colpo le distanze spazio-temporali. Pertanto, la oggi ormai celebre definizione «rischi connessi ad agenti virali trasmissibili», che capeggia in ogni ordinanza della Protezione Civile in materia, è divenuta la realizzazione di quell'ipotesi di emergenza di rilievo nazionale fronteggiabile solo con mezzi e poteri straordinari in presenza della quale, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, svolgere le attività annoverate nell'art. 2 dello stesso Decreto, il quale rimanda, a sua volta, all'art. 5 della legge n. 255/1992 in materia di Protezione Civile, relativo allo stato di emergenza e il potere di ordinanza ad esso connesso. Tale disposizione 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 urgenti².

Frutto di una stratificata evoluzione che affonda le radici nella legislazione postunitaria³, l'articolo fu delineato sulla base dell'esigenza di razionalizzare la funzione di protezione civile stessa; ciò al fine di fugare le ipotesi di dispersione degli interventi e di agevolare il coordinamento e la

promozione delle attività per la tutela dell'integrità della vita⁴.

Essendo state queste funzioni conferite al Governo da un atto avente forza di legge, esse possono a loro volta, in piena coerenza con l'art. 95 della Costituzione, essere attribuite al Capo del Dipartimento della Protezione Civile da parte del Governo stesso.

Perché si proceda all'assegnazione è necessario che vi sia, *in primis*, una deliberazione da parte del Consiglio dei ministri relativa allo stato di emergenza, la quale può essere redatta, come già accennato, in presenza di una delle ipotesi contemplate dall'art. 2 co. 1 lettera c) della legge in esame.

Il Consiglio dei ministri, a sua volta, delibera in materia di stato di emergenza, ai sensi del co. 1 dell'art. 5, su proposta del Presidente o, per sua delega, del Ministro per il Coordinamento della Protezione Civile, stabilendone durata ed estensione in relazione alla qualità ed alla natura degli eventi.

Per quanto riguarda gli interventi finalizzati alla gestione dell'emergenza, essi sono attuati mediante ordinanze aventi ad oggetto il supporto e il soccorso ai soggetti colpiti dall'evento ovvero la messa in sicurezza degli edifici danneggiati, nonché la riattivazione di infrastrutture e reti necessarie a garantire il ripristino delle originali condizioni di vita. L'atto può prevedere anche deroghe alla legislazione vigente, purché vengano esplicitamente indicate le disposizioni cui si intende derogare e rispettati, altresì, i limiti stabiliti dalla deliberazione del Consiglio dei ministri, dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle risorse stanziare.

² A. CARAPPELLUCCI, *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.

³ M. DI RAIMONDO, (voce) *Protezione civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1988.

⁴ V. SALOMONE, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amministrativo - CDS*, 7, 1, 2008, 954 ss.

La pubblicità degli atti in parola viene garantita sia mediante la pubblicazione degli stessi nella G.U. sia attraverso la trasmissione degli stessi ai sindaci interessati per l'ulteriore pubblicazione locale. Altri soggetti nei confronti dei quali ne è prevista la trasmissione sono: per informazione, il Ministro con portafoglio delegato ovvero il Presidente del Consiglio dei ministri e, ai fini dell'efficacia, è essenziale gli atti siano disposti di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

3. Le deroghe al Codice dei Contratti Pubblici nell'OCDC n. 630 del 3 febbraio 2020

Con l'ordinanza n. 630 del 3 febbraio, il Dipartimento della Protezione Civile ha fornito un elenco di deroghe, quantunque provvisorio e passibile di aggiunte o emendamenti, tra le quali figurano anche le deroghe alla normativa del Codice degli appalti.

Esse vengono enumerate agli artt. 3 e ss. dell'ordinanza e possono, a loro volta, essere suddivise in sottogruppi mediante l'applicazione di un criterio squisitamente teleologico. Appare doveroso premettere che, causa la reciproca compenetrazione delle finalità cui le deroghe sono state pensate, la divisione tra i singoli gruppi non è netta. Ciò dal momento che, da una parte, ciascuna delle deroghe in parola risponde alla macro-esigenza di massimizzare l'efficienza di quei pubblici affidamenti resisi necessari alla luce della già citata emergenza sanitaria; dall'altra, invece, sposando la tesi per la quale l'efficienza dell'azione amministrativa risiede nell'adeguatezza alle esigenze espresse dalla realtà⁵, non si può non considerare la mutevolezza della stessa a seconda della contingenza cui essa si trovi duttilmente ad informarsi, caratteristica che, nella

specifica fattispecie, trova riflesso nella presenza di molteplici sub-finalità che i vari gruppi di deroghe sono atti a raggiungere.

Al primo gruppo afferiscono quelle deroghe volte a garantire maggiore celerità negli affidamenti, mediante, innanzitutto, la semplificazione delle procedure d'appalto nelle diverse fasi delle stesse; in tal senso, le deroghe pensate per accelerare i controlli sugli atti delle procedure di affidamento, rendere meno stringenti i criteri di sostenibilità energetica e ambientale e le soglie di rilevanza comunitaria per gli appalti pubblici di forniture di beni e servizi omogenei e analoghi con caratteri di regolarità, ampliare il novero degli appalti rientranti nella disciplina dei contratti sotto soglia, sveltire le procedure di subappalto e facilitare l'erogazione di penali dovute per il ritardato adempimento. Sempre in questa categoria vanno annoverate, da una parte, le deroghe in materia di centralizzazione delle committenze e qualificazioni delle stazioni appaltanti, finalizzate allo snellimento dei controlli del soggetto appaltante e, dall'altra, quelle ragionate per allargare le maglie degli obblighi di pubblicazione e di comunicazione di bandi e avvisi. Infine, sono qui da ricondurre le deroghe atte a favorire l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara per gli interventi strutturali celeri.

Il secondo insieme di deroghe, invece, contiene quelle destinate a sanare le ipotesi di assenza di personale interno che svolga le funzioni di Responsabile Unico del Procedimento, di dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici o ulteriori incarichi di progettazione comunque connessi ai lavori. Tale previsione rivela la sua lungimiranza rispetto allo scenario epidemiologico attuale: qualora non introdotta dalla

⁵ F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2005, 763 ss.

probabile carenza di personale sarebbero potute derivare gravi interruzioni nelle procedure di affidamento o esecuzione.

Terza sottocategoria è, ancora, quella relativa all'ottimizzazione nella scelta ed eventuale esclusione del contraente. Sono, infatti, disposte dall'ordinanza delle discipline derogatorie rispetto alle procedure aperte e ristrette di scelta del contraente, nonché rispetto ai criteri di accettazione del Documento di gara unico europeo da parte della stazione appaltante e di verifica da parte di quest'ultima dei requisiti per partecipare ai bandi d'evidenza pubblica, per la certificazione dei quali viene favorito l'uso di autocertificazioni. Per quanto riguarda l'esclusione dei contraenti, viene concessa quella automatica nel caso in cui il numero degli stessi non sia inferiore a cinque e viene altresì autorizzato il soggetto appaltante alla verifica di offerte anomale attraverso la richiesta delle necessarie spiegazioni per iscritto, entro un ragionevole termine compatibile non inferiore a cinque giorni.

Ultima serie di deroghe è quella relativa agli strumenti e dispositivi da utilizzare per comunicare nelle procedure di appalto, inserite al fine di rendere la comunicazione più immediata e accessibile possibile.

4. Contenimento di possibili derive corruttive dello strumento derogatorio e osservazioni conclusive

Nell'esperienza italiana, purtroppo e tuttavia, la previsione di ipotesi derogatorie in risposta a situazioni emergenziali ha facilitato la proliferazione di comportamenti tesi a traviare l'esercizio della funzione pubblica. Sebbene i contesti cui si

rimanda⁶, non siano lontanamente paragonabili, per criticità e complessità, alle recenti contingenze, gli stessi valgono 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 utilità⁷.

Siffatte ragioni hanno determinato 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.

Già nel 2016 il Dipartimento 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. Tale istituto consiste in una peculiare attività di vigilanza *ex ante* di ANAC volta a supportare la stazione appaltante nella gestione degli appalti al fine di assicurare legalità e correttezza dell'azione⁸. Il soggetto appaltante, *ex art.* 213 co. 3 lett. h) del Codice dei contratti pubblici, rimane titolare del potere decisionale, ragion per cui il ruolo dall'Autorità, anche in ragione del suo carattere preventivo, si configura come

⁶ J. BUGGIA, *Corruzione e grandi eventi*, in M. ALLENA, M. CAPATINI (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, 28, 87, febbraio 2015, 151 ss.

⁷ G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, 16, 2015, 5.

⁸ R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, 162.

esclusivamente orientativo e pedagogico⁹ più che sanzionatorio.

In conclusione, la scelta del Dipartimento di Protezione Civile di ricorrere all’Autorità per la definizione delle deroghe in materia appare opportuna, anche in prospettiva futura, per due ordini di motivi. Innanzitutto, perché il contenuto delle ordinanze rientra nelle ipotesi di applicazione dell’istituto, trattandosi di un programma straordinario di interventi comprendente appalti di notevole rilevanza economica e impatto sul territorio nazionale. In secondo luogo, guardando alle finalità cui è sottesa l’attività di vigilanza collaborativa, se ne possono individuare ben due: da una parte, essa crea i giusti presupposti per bilanciare la prevenzione dell’insorgenza di fenomeni corruttivi con l’efficacia degli interventi emergenziali pur nel rispetto dei tempi di esecuzione – i rapporti dell’Autorità riportano celeri tempistiche di riscontro –; d’altra parte, il contenimento del rischio che il requisito reputazionale

delle stazioni appaltanti venga ridimensionato a causa dei regimi derogatori nei quali le stesse si trovano ad operare, con conseguente reticenza a partecipare ai bandi di gara da parte delle imprese del settore. Il controllo sulle possibili derive corruttive attivato da un soggetto come l’ANAC fungerebbe, quindi, da certificazione¹⁰ della legalità e trasparenza di tali procedure. Nel considerare il rischio di derive corruttive pur in una tale e grave emergenza sanitaria, il Dipartimento della Protezione Civile ha dimostrato grande avvedutezza. A prescindere, infatti, dal profondo disvalore morale che degli episodi di speculazione su tale calamità nazionale intrinsecerebbero, è cruciale sottolineare i notevoli sprechi di risorse e le molteplici disfunzioni¹¹ che gli stessi causerebbero a svantaggio della popolazione, già funestata dall’incedere di una pandemia.

(19 marzo 2020)

⁹ E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione pedagogica dell’ANAC*, in *Federalismi.it*, 23, 2017, 10-11.

¹⁰ S. BUSSETTI, B. DENTE, *La vigilanza collaborativa a Expo2015, ovvero i vantaggi della complicazione*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2017, 1, 33-36.

¹¹ F. CARINGELLA, R. CANTONE, *La corruzione spuzza*, Milano, 2017, 17-20.