

## **L'Ufficio del Commissario Delegato ex art. 5, legge n. 225 del 1992**

### ***Natura giuridica ed ambito dei poteri straordinari riguardo la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara***

*(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, Sez. I, sentenza  
18 febbraio 2009 n. 1656)*

Il T.A.R. del Lazio, con la pronuncia in esame, delinea i presupposti al ricorrere dei quali la pubblica amministrazione può procedere alla scelta del proprio contraente attraverso una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, puntualizzando che la procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, riveste un carattere eccezionale anche in ipotesi in cui l'amministrazione procedente sia un Ufficio commissariale, istituito ai sensi dell'art. 5, l. n. 225/1992. La pronuncia in commento consente di far il punto in ordine alla natura giuridica dell'Ufficio del Commissario delegato, procedendo ad un'indagine ricognitiva del complesso sistema della protezione civile, che permetterà di chiarire - in generale e, con specifico riferimento alla materia degli appalti pubblici - l'ambito e la valenza dei poteri straordinari e derogatori di cui all'art. 5, l. n. 225/1992, conferiti - con ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri - alla Struttura commissariale.

### *I fatti*

In ragione dello stato di emergenza determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio della Città di Napoli, già dichiarato con d.P.C.M. del 8 settembre 2006, con ordinanza n. 3566 del 5 marzo 2007, il Presidente del Consiglio dei Ministri nominava - fino al 31 dicembre 2008 - il Sindaco di Napoli quale commissario delegato per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare la dichiarata emergenza, conferendogli poteri straordinari anche in deroga alle disposizioni di legge ivi, puntualmente, indicati. Con decreto del 9 febbraio 2008, il Dirigente Generale del Comune di Napoli, già nominato Soggetto Attuatore dal Commissario delegato, in virtù dell'art. 2, O.P.C.M. n. 3566/2007, affidava alla Napolipark S.r.l. (società *in house* del Comune di Napoli) il compito di procedere alla sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato I.T.S. (*Intelligent Transportation System*) per il controllo e la regolamentazione del traffico urbano. La Società *in house* manifestava all'Ufficio commissariale la necessità di appaltare l'esecuzione del servizio ad un'impresa privata. Così che con de-

creto n. 19 del 10 aprile 2008, il Commissario delegato affidava al Soggetto Attuatore il compito di procedere direttamente, previa indagine esplorativa di mercato, all'affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato I.T.S. mediante procedura ristretta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata. Il Soggetto Attuatore indicava, di seguito, la procedura negoziata di affidamento senza alcuna indagine esplorativa, approvando, di conseguenza, gli atti preordinati alla selezione. Con nota del 7 agosto 2008, la Kapsch Trafficcom S.r.l. e la Kapsch-Busi S.p.A., chiedevano di essere invitate alla trattativa privata. La Struttura commissariale respingeva l'istanza in ragione dell'avvenuta preselezione dei soggetti da invitare e per aver già svolto una preventiva indagine di mercato.

Insorgevano la Kapsch Trafficcom S.r.l. e la Kapsch-Busi S.p.A. impugnando innanzi al T.A.R. Lazio gli atti inerenti la scelta dell'Amministrazione di procedere all'individuazione del soggetto privato appaltatore attraverso la procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, denunciando plurime violazioni di legge.

Ravvisati i presupposti per accordare la richiesta tutela cautelare, con ordinanza n. 5997, pronunciata nella camera di consiglio del 17 dicembre 2008, l'adito T.A.R. accoglieva l'istanza cautelare, sospendendo, per l'effetto, l'esecuzione degli atti gravati preordinati alla selezione negoziale.

All'esito del giudizio, con la pronuncia in esame, il Tribunale accoglieva il ricorso ravvisando, fra l'altro, la carenza dei presupposti legittimanti l'indizione della procedura negoziale, avendo cura di chiarire, altresì, che i presupposti giustificanti la procedura negoziata non corrispondono, in modo automatico, ai presupposti inerenti la dichiarazione dello stato di emergenza. Invero, nell'esercizio dei suoi poteri straordinari e derogatori di cui all'art. 5, l. n. 255/92, l'Ufficio del Commissario delegato deve esternare una congrua motivazione indicando puntualmente le norme cui ha inteso derogare e le ragioni della medesima deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo *per relationem* alle OO.PP.CC.MM..

### *Il quadro normativo-sistematico e la natura giuridica dell'Ufficio del Commissario Delegato*

Il nostro ordinamento ha riconosciuto, progressivamente, un vero e proprio "diritto pubblico dell'emergenza" finalizzato a fronteggiare, con speciali modalità di azione e con apparati organizzativi diversi da quelli ordinari, eventi eccezionali che non possono essere gestiti efficacemente con i normali strumenti operativi (1).

---

(1) Si veda, in dottrina, SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, 763 ss.; FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra*

In materia emergenziale, il testo normativo fondamentale è la l. 24 febbraio 1992, n. 225 (che istituisce il Servizio nazionale della protezione civile), in forza della quale le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi della medesima legge “*legittimano lo Stato ad adottare - onde fronteggiarle efficacemente - specifiche ordinanze di necessità ed urgenza per ovviare a situazioni di emergenza*”. Tali ordinanze “*sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato*”(2).

Il legislatore statale ha così rinunciato ad un modello centralizzato per un’organizzazione diffusa a carattere policentrico (3).

In particolare, le competenze amministrative inerenti il Servizio nazionale di protezione civile sono state così ripartite tra i diversi livelli istituzionali di governo in relazione alle tipologie di eventi cui far fronte:

- eventi da fronteggiare mediante interventi attuabili dagli enti e dalle amministrazioni competenti in via ordinaria (art. 2, comma 1, lett. a);
- eventi che impongono l’intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria (art. 2, comma 1, lett. b);
- calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari (art. 2, comma 1, lett. c).

In particolare, sulla base di quanto previsto dall’art. 5, l. n. 225 del 1992, lo Stato ha una specifica competenza a disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui all’art. 2, comma 1, lett. c) *cit.*. Infatti, l’art. 5, l. n. 225/92, prevede un particolare procedimento, articolato in due fasi, che consente all’Autorità statale di adottare i necessari provvedimenti per fronteggiare le situazioni di emergenza (4).

*autorità e garanzie*, Bologna, 2008. Per un’ampia disamina del complesso sistema del Servizio di protezione civile, anche con riferimento alle esperienze normative antecedenti alla l. n. 225/1992, si vedano, in dottrina, CRISCI, *Protezione civile e zone terremotate delle regioni Basilicata e Campania*, ESI, 1982; DI PASSIO, *La protezione civile. Funzione, organizzazione*, Maggioli, 1987; PEPE, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, Cedam, 2006; ID., *Il diritto alla protezione civile*, Giuffrè, 1996; GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile. Commento alla Legge n. 225 del 24 febbraio 1992*, Giuffrè, 1993; SEVERI, *Le ordinanze della Legge n. 225/92 sulla protezione civile*, Giuffrè, 1996; SEVERI-MALO, *Il servizio nazionale di protezione civile: Legge 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Giappichelli, 1995. Tra i più recenti contributi in materia, si vedano MARZOULI, *Il Diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, Relazione al Convegno “*Il diritto amministrativo dell’emergenza*”, organizzato dall’Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, 6-7 ottobre 2005, Università degli Studi Roma Tre; FRANCHINI, *La figura del Commissario straordinario prevista dall’art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in [www.igi.it](http://www.igi.it).

(2) Così, Corte cost., 16 luglio 2008, n. 277, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(3) Così, testualmente, Corte Cost., sent. 28 marzo 2006, n. 129, e sent. 30 ottobre 2003, n. 327, entrambe in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(4) L’art. 5 (*stato di emergenza e potere di ordinanza*), l. 225/92, dispone testualmente che:  
 “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

In una prima fase, al verificarsi di “*calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*” (così l’art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 225/92) il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, 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. Lo stato di emergenza può poi essere revocato, con le medesime modalità con cui è stato dichiarato, qualora ne vengano meno i presupposti (art. 5, comma 1, l. n. 225/92).

In una seconda fase, sono emanate ordinanze finalizzate all’attuazione degli interventi di emergenza. Dette ordinanze, per espressa previsione legislativa, possono essere adottate “*in deroga ad ogni disposizione vigente*”, purché esse rispettino i principi generali dell’ordinamento giuridico (art. 5, comma 2, l. cit.).

In tale contesto, il Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, possono anche emanare ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose, e ciò in coerenza con lo spirito generale della legge n. 225, che non è solo quello di porre rimedio ai danni già prodotti, ma anche di prevenirli, assumendo come carattere prioritario la tutela dell’integrità della vita e dei beni, indipendentemente dalle cause e dalle responsabilità che hanno prodotto la situazione di danno o di pericolo (5). In quest’ultima ipotesi non è consentita la deroga al regime normativo ordinario, se non con riguardo alla

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.

3. Il Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell’articolo 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 predette ordinanze sono comunicate al Presidente del Consiglio dei ministri, qualora non siano di diretta sua emanazione.

4. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell’articolo 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, per l’attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, può avvalersi di commissari delegati. Il relativo provvedimento di delega deve indicare il contenuto della delega dell’incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio.

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

6. Le ordinanze emanate ai sensi del presente articolo sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, nonché trasmesse ai sindaci interessati affinché vengano pubblicate ai sensi dell’articolo 47, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142”.

(5) In tal senso, SALVIA, *Il diritto amministrativo e l’emergenza derivante da fattori interni all’amministrazione*, cit., 763 ss..

competenza che rimane di regola incardinata in modo derogatorio negli organi straordinari investiti di poteri (art. 5, comma 3, l. cit.).

L'esercizio di tali poteri - come specificato dalla normativa successivamente intervenuta - deve avvenire d'intesa con le Regioni interessate, sulla base di quanto disposto dall'art. 107, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*), nonché dall'art. 5, comma 4-bis, d.l. 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*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, l. 9 novembre 2001, n. 401. Tuttavia, l'art. 107, comma 1, lettere b) e c), d.lgs. n. 112 del 1998 ha chiarito che tali funzioni hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione, escludendo che la legislazione regionale possa attribuire poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente. Infatti, le norme di cui agli artt. 5, l. n. 225/1992 e 107, d.lgs. n. 112/1998 sono “*espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, sicché deve ritenersi che esse delimitino il potere normativo regionale, anche sotto il nuovo regime di competenze legislative delineato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione)*”(6).

La materia della protezione civile rientra appunto nell'ambito della potestà legislativa concorrente ex art. 117, comma 3, Cost., sicché la l. n. 225/1992 e il d.lgs. n. 112/1998 appaiono espressivi di principi fondamentali - cui la Regione è tenuta a prestare ossequio - ove ricorrano peculiari ragioni di urgenza che giustificano un intervento unitario da parte dello Stato. Lo Stato rinviene, altresì, un ulteriore titolo a legiferare in ragione della propria competenza legislativa in materia di “tutela dell'ambiente”, nel cui ambito si colloca il settore relativo alla gestione dei rifiuti, frequentemente alla base della istituzione di Uffici commissariali nelle regioni meridionali (7).

Ad ogni modo, il potere di intervento dell'Autorità statale può anche concretizzarsi nella nomina di Commissari Delegati (art. 5, comma 4, l. cit.) - il cui provvedimento di nomina deve indicare il contenuto della delega, i tempi e le modalità del suo esercizio - i quali, nel quadro di quanto previsto agli artt. 12, 13, 14 e 15 della legge medesima, concentrano nel loro ufficio le competenze di regioni, province, prefetti e comuni, ed operano a mezzo di ordinanze,

(6) Si veda, Corte cost., sentt. n. 82/2006 e n. 327/2003, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(7) Cfr., Corte cost., sentenze nn. 161 e 62 del 2005; nn. 312 e 96 del 2003, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Anteriormente alla l. n. 225/1992 un importante caso di amministrazione straordinaria (emergenziale) era quello previsto dall'art. 5, l. 8 dicembre 1970, n. 996, che già consentiva al Presidente del Consiglio dei Ministri di affidare ad un Commissario Governativo la direzione ed il coordinamento di tutti i servizi di soccorso nelle zone colpite da calamità naturali o catastrofi.

che possono essere emanate in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico (8). Infatti, in base alla disciplina di cui alla l. n. 225/92 tutte le ordinanze commissariali emanate una volta dichiarato lo stato di emergenza possono derogare alle leggi vigenti, salvi i principi generali dell'ordinamento, ed è l'organo delegante (ovvero la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile) che trasmette al delegato (l'Ufficio commissariale) i propri poteri, cosicché anche tale potere di deroga alle leggi vigenti può essere oggetto della delega (9).

Inoltre, come già chiarito dalla giurisprudenza (10), il rischio della compressione dei principi costituzionali in materia di decentramento e autonomie locali è - per un verso - giustificato dal fatto che lo stato di emergenza è deliberato in presenza di eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari, superando pertanto le stesse possibilità logistiche e finanziarie degli enti locali e - per altro verso - attenuato dal limite temporale e funzionale dei poteri commissariali (come risulta dall'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 5, l. n. 225/1992). Invero, la salvaguardia delle attribuzioni legislative regionali viene garantita attraverso la configurazione di un potere di ordinanza, eccezionalmente autorizzato dal legislatore statale, ben definito nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio (11). La l. n. 225 del 1992 circoscrive, infatti, il potere dell'Autorità statale in modo tale da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, attraverso il riconoscimento della sussistenza di un nesso di adeguatezza e proporzione tra le misure adottate e la qualità e natura degli eventi, con la previsione di adeguate forme di leale collaborazione e di concentrazione nella fase di attuazione e organizzazione delle attività di protezione civile (art. 5, comma 4-*bis*, d.l. 343/2001), nonché la fissazione di precisi limiti, di tempo e di contenuto, all'attività del Commissario delegato (12).

(8) Cfr., Corte Cost., 14 luglio 2006, n. 284, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(9) Così, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 16 maggio 2005, n. 981, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(10) In tal senso, Cons. St., sez. V, 19 aprile 2000, n. 2361, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(11) Cfr., Corte Cost., sent. n. 127 del 1995 e n. 418 del 1992, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); in ordine al rapporto ravvisabile tra potere di deroga al quadro normativo primario per effetto dell'adozione di ordinanze di protezione civile ex art. 5, l. n. 225/1992 ed i provvedimenti commissariali attuativi, si veda T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(12) Sulla base di tali premesse, parte della dottrina si è posta in maniera critica in ordine alle soventi proroghe delle gestioni commissariali, sottolineando che si è fatto un uso distorto dello strumento commissariale, in quanto vi si è fatto ricorso in caso non tanto di effettiva esigenza, quanto di pericolo derivante da un cattivo esercizio del potere amministrativo, realizzando un intreccio tra regime straordinario e ordinario; cfr., con riferimento all'emergenza ambientale calabrese, LEMETRE, *La "stabile temporaneità" dei regimi commissariali: un ossimoro lesivo delle competenze regionali? Note minime a corte costituzionale 16 luglio 2008, n. 277*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); nello stesso senso, FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in [www.igi.it](http://www.igi.it); in giurisprudenza, si vedano Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2002, n. 6280 e n. 6809, in *Giorn. dir. amm.*, 2003,

In presenza di eventi che legittimano la deliberazione dello stato di emergenza in quanto talmente intensi ed estesi da richiedere mezzi e poteri straordinari, *“l’unitarietà e la unicità dei centri decisionali - anche a mezzo di commissari delegati - per provvedere all’attuazione degli interventi necessari a fronteggiare l’emergenza si impongono nel rispetto del principio della stessa unicità ed indivisibilità della Repubblica proclamato dall’art. 5 della Costituzione”*. Sicchè, l’attribuzione dei poteri di promozione e coordinamento al Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, al Ministro per la protezione civile - nell’ambito del settore emergenziale - risulta coerente con le previsioni dell’art. 95 della Costituzione e dell’art. 5, l. 23 agosto 1988, n. 400, sulla disciplina dell’attività di Governo e sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri (13). Dal punto di vista formale, il potere di nomina di un commissario straordinario trova fondamento, in termini generali, nell’art. 11, l. n. 400/1988, sulla disciplina dell’attività di Governo e sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri (ove si fa riferimento alla necessità di realizzare obiettivi definiti o di soddisfare particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali), e, in termini specifici, in altre norme che disciplinano settori determinati.

I Commissari Delegati sono nominati con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L’esperienza concreta ha visto l’istituzione di numerosi Commissari Delegati, nominati per fronteggiare emergenze ambientali (dissesto idrogeologico, smaltimento dei rifiuti, ecc.) verificatesi in diverse regioni italiane, tra cui Calabria, Sicilia, Sardegna, Puglia, Campania.

Dall’art. 5, l. n. 225/92, che sancisce la specifica competenza dello Stato a disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui all’art. 2, comma 1, lett.

---

1157, con nota di MARTINI, *Emergenza rifiuti e ordinanze extra ordinem* e in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 445 e ss., con nota di GANDINO, *I limiti al potere di ordinanza in materia di protezione civile con riferimento alla nozione di gestione dei rifiuti*; sull’eccessiva dilatazione del concetto di emergenza ad opera della più recente giurisprudenza, che ha prodotto una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia, si veda MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell’emergenza: fatti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, 2005, 5 ss..

(13) Si veda, in proposito, Corte Cost., 9 novembre 1992, n. 418, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ove la Consulta, nel dichiarare non fondata la questione di costituzionalità dell’art. 2, comma 2, l. 24 febbraio 1992, n. 225, ha chiarito che *“La legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, lungi dal modificare la ripartizione delle materie e delle competenze fra Stato e regioni, corrisponde all’ineludibile esigenza di una direzione unitaria degli interventi cui sono chiamati - tanto in fase di previsione e prevenzione dei rischi, che in fase di emergenza - molteplici organismi, sia statali che territoriali, qualificati come componenti del servizio; a tal fine - tenuto conto della rilevanza nazionale delle attività di tutela nel loro complesso e dell’ampio coinvolgimento in esse dell’amministrazione statale - è giustificata l’attribuzione di poteri di promozione e coordinamento al Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, al Ministro per la protezione civile (in coerenza con le previsioni dell’art. 95 Cost. e con l’art. 5, l. n. 400 del 1988), senza che ciò comporti lesione alcuna di competenze regionali”*. Si vedano, da ultimo, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e alla luce del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, Corte Cost., 16-30 ottobre 2003, n. 327, e Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 82, *citt.*

c) di tale legge, (deliberando e revocando lo stato di emergenza, determinandone la durata e l'estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi, nominando Commissari delegati, investiti del potere di emanare ordinanze in deroga ad ogni disposizione di legge, ma pur sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico), l'unanime giurisprudenza ricava la natura di amministrazione statale degli Uffici Commissariali. In proposito, la Corte Costituzionale ha affermato in più occasioni tale natura statale, rilevando, in particolare, che *“i provvedimenti posti in essere dai commissari delegati sono atti dell'amministrazione centrale dello Stato, in quanto emessi da organi che operano come longa manus del Governo, finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte”*(14).

Più in particolare, per quanto riguarda i rapporti intercorrenti tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e apparato organizzativo del Commissario Delegato, appare meritevole di adesione la teoria che li ricostruisce in termini di avvalimento (c.d. amministrazione indiretta) (15), poiché si verifica che una Amministrazione dello Stato si avvale, per la cura di interessi nazionali (nell'esercizio dei poteri emergenziali), di uffici regionali e locali, d'intesa con gli enti interessati, con la peculiarità di conservare, tuttavia, la piena titolarità della funzione (e del potere) esercitato. La prassi ha, infatti, visto l'utilizzo, presso gli Uffici Commissariali, di personale amministrativo proveniente dall'amministrazione regionale, provinciale e comunale, l'impiego di strutture e beni, mobili ed immobili, degli enti locali, e non di rado sono stati nominati Commissari Delegati i Presidenti delle Giunte delle Regioni interessate dalle situazioni emergenziali. L'impiego di personale amministrativo proveniente dalle amministrazioni regionali e locali, nonché la nomina a Commissario Delegato dei Presidenti delle Giunte Regionali, non vale certo ad escludere la natura statale degli Uffici Commissariali, né consente di affermare che la funzione emergenziale esercitata sia da imputare all'ente locale; al contrario, l'impiego di personale amministrativo, di dirigenti e di strutture appartenenti ad altri enti, valutato alla luce della teoria dell'avvalimento, consente di qualificare l'Ufficio del Commissario Delegato come organo statale “straordinario” di cui il Dipartimento della Protezione Civile si avvale per fronteggiare

---

(14) Così, testualmente, Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237, cit.; si vedano, inoltre, Corte Cost., sent. 26 giugno 2007, n. 237, cit.; ord. 5 dicembre 2007, n. 417, cit.; ord. 4 aprile 2008, n. 92, cit.; da ultimo, Corte cost., sent. 16 luglio 2008, n. 277, cit.; si veda, altresì, T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969, *ivi*.

(15) La figura del c.d. avvalimento, detto anche di c.d. amministrazione indiretta, trova una sua precisa collocazione nell'art. 118 Cost. nella formulazione vigente al momento di entrata in vigore della l. n. 225/1992 e nell'art. 3, comma 1, lett. f), della c.d. legge Bassanini I (l. 15 marzo 1997, n. 59).



lo stato di emergenza (16).

Gli uffici di avvalimento operano, pertanto, alle dipendenze funzionali dell'ente che se ne avvale, pur restando strutturalmente incardinati nell'ente cui appartengono, per quanto riguarda l'esercizio in concreto delle attività ad essi affidate. La competenza rimane in capo al primo ente, il quale si limita ad utilizzare (a proprie spese) a titolo ausiliario l'apparato organizzatorio di un ente diverso, disponendo direttamente (e non per tramite di quest'ultimo) dell'apparato stesso: ci troveremmo, così, in presenza, secondo tale ricostruzione, ad un classico esempio di amministrazione c.d. indiretta o mediata in cui l'ufficio commissariale si atteggia ad organo (straordinario) del quale il Dipartimento della Protezione Civile si avvale per lo svolgimento degli interventi d'emergenza nei settori contemplati dalla legge istitutiva del Servizio Nazionale di Protezione Civile.

In sintesi, attraverso tale modulo organizzatorio la Presidenza del Consiglio dei Ministri, anziché dotarsi di propri uffici, si avvale degli uffici (del personale e delle attrezzature) di una diversa figura soggettiva, per lo svolgimento dei suoi poteri e delle sue funzioni, conservando in ogni caso, *a differenza di quanto si verifica con il diverso modulo organizzatorio della delegazione amministrativa c.d. intersoggettiva* (che si instaura tra enti diversi), la titolarità non solo della competenza, ma anche della funzione e le connesse responsabilità. In ciò si rinviene la fondamentale differenza con la delegazione intersoggettiva delle funzioni, che effettivamente comporta una deroga all'ordine delle competenze tra enti diversi.

Peraltro, questa ricostruzione dei rapporti tra il Presidente del Consiglio dei Ministri e gli uffici commissariali *ex lege* n. 225/1992 era già avallata dalla giurisprudenza amministrativa ancor prima dei recenti arresti della Consulta (17), la quale osservava come l'esame dell'intero impianto normativo deli-

---

(16) Si vedano Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576 in *Foro Amm. CdS*, 2004, 1109; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 15 dicembre 2004, n. 2411, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); *id.*, 1 marzo 2006, n. 236, *ivi*; di recente, con diffusa motivazione, Trib. Catanzaro, sez. II, 1 febbraio 2008, n. 72, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it) e in *Rass. Adv. St.*, 2007, IV, 58 ss.; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, *cit.*.

(17) Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 1992, n. 52, in *Foro amm.*, 1999, 62, in *Cons. Stato*, 1999, I, 34; II, 1623 con nota di COSTA e in *Giur. it.*, 1999, 1959, secondo cui “*Il commissario delegato non è titolare di una potestà direttamente conferita dalla norma, ma è soggetto delegato nei cui confronti si opera un trasferimento di poteri gestionali e non della titolarità dell'intervento che resta, comunque, in capo al Presidente del Consiglio, il quale può, ai sensi dell'art. 5, comma 4, legge 24 febbraio 1992, n. 225, appunto avvalersi di commissari delegati*”; nello stesso senso, Cons. St., Sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4345, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si è affermato che “*Il quadro normativo di cui alla legge 24 febbraio 1992 n. 225, in deroga all'ordinaria funzione amministrativa relativa alla organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, prevede che competente in materia è la Presidenza del Consiglio dei Ministri che può avvalersi di delegati per l'attuazione degli interventi (art.5, comma 4, l. n. 225 del 1992); pertanto, il Commissario delegato trova predefinito dalla Presidenza l'organo titolare del potere, l'ambito normativo derogabile mediante i provvedimenti di attuazione*”.

neato dalla l. n. 225 del 1992 consente di ravvisare l'intento di fondo del legislatore di prefigurare una gestione unitaria delle attività di protezione civile (previsione, prevenzione, soccorso, superamento dell'emergenza), la cui titolarità dev'essere ricondotta all'autorità responsabile dell'attività governativa di coordinamento (art. 95 Cost. e art. 5, l. 23 agosto 1988, n. 400) e titolare di funzioni di soccorso e di prevenzione in stati di emergenza (art. 5, commi 2 e 3, l. n. 225/1992), sulla quale grava l'obbligo di attuazione degli interventi conseguenti a dichiarazioni di stato d'emergenza, assunta, peraltro, collegialmente dal Consiglio dei Ministri.

Così affermata la natura di amministrazione statale del Commissario Delegato, si tratta di verificarne il carattere di soggetto autonomo di diritto, dotato di autonoma capacità sostanziale e processuale, ovvero, al contrario, di concludere per il suo carattere di mera articolazione periferica della Presidenza del Consiglio, come tale priva di autonoma rilevanza.

Relativamente a tale problematica, chiarificatrici si dimostrano le disposizioni contenute nelle Ordinanze emanate dalla Presidenza del Consiglio, e destinate a disciplinare l'attività dell'Ufficio Commissariale: *“Il Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri resta estraneo ad ogni rapporto contrattuale scaturente dalla applicazione della presente ordinanza e pertanto eventuali oneri derivanti da ritardi, inadempienze o da contenziosi sono da ritenersi a carico del Commissario Delegato che deve farvi fronte con i propri mezzi”*(18) e, per quel che maggiormente interessa la fattispecie analizzata dalla pronuncia in commento, *“Il Dipartimento della protezione civile è estraneo ai rapporti comunque nascenti in dipendenza del compimento delle attività del Commissario delegato”*(19).

Dalle disposizioni contenute dalle citate ordinanze emerge che: 1) il Commissario Delegato, nell'ambito dell'attività emergenziale, gode di piena ed autonoma soggettività, potendo concludere negozi che vincolano solo sé medesimo; 2) di tali obbligazioni, il Commissario Delegato risponde solo con i fondi messi a sua disposizione dal Governo; 3) in eventuali controversie nascenti da detti rapporti, unico soggetto legittimato processualmente è il Commissario Delegato, il quale può costituirsi in giudizio autonomamente, pur se con l'obbligatorio patrocinio della Difesa Erariale, in quanto amministrazione statale.

Del resto, la giurisprudenza che si è pronunciata su controversie che vedevano come parti Uffici Commissariali (istituiti in Calabria, Campania, Puglia, Sicilia) si è sempre espressa nel senso di riconoscere piena legittimazione

---

(18) Così dispone l'art. 5, O.P.C.M. n. 3337/2004; di identico tenore sono l'art. 8, O.P.C.M. n. 3106/2001; l'art. 4, O.P.C.M. n. 3112/2001; l'art. 5, O.P.C.M. n. 3132/2001; l'art. 4, O.P.C.M. n. 3185/2002.

(19) Cfr., art. 7, O.P.C.M. n. 3566 del 5 marzo 2007.

al Commissario Delegato (20).

Pertanto, il Commissario Delegato - pur qualificandosi come organo emergenziale, creato dal Governo al ricorrere dei presupposti di cui alla l. n. 225/1992 - ha, tuttavia, natura di autonomo soggetto di diritto, dotato di capacità processuale.

In senso divergente da tale ricostruzione, riguardo la natura di autonomo soggetto di diritto del Commissario Delegato, deve, ad ogni modo, darsi conto dell'opinione espressa, in sede consultiva, dall'Avvocatura Generale dello Stato, secondo la quale gli Uffici Commissariali - proprio in ragione di organi straordinari della Presidenza del Consiglio dei Ministri - non avrebbero una compiuta soggettività, trattandosi di organi straordinari dell'Amministrazione da cui sono delegati (la Presidenza del Consiglio), e dalla quale non sarebbero pienamente autonomi, con la conseguenza che l'Amministrazione delegante risponderebbe dei debiti contratti dal suo organo delegato. Secondo l'Avvocatura dello Stato, qualora si reputasse il Commissario Delegato soggetto autonomo e distinto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, *“si finirebbe infatti con l'ammettere, pur in mancanza di una espressa deroga al citato principio fondamentale di cui all'art. 2740 c.c., una limitazione di responsabilità della Presidenza del Consiglio per debiti nascenti dall'attività di un suo organo straordinario, che appare comunque ad essa riferibile, giusta il disposto dell'art. 5 comma 4 della Legge 24 febbraio 1992 n. 225, ai sensi del quale, come già ricordato, “Il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, per l'attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, può avvalersi di commissari delegati. Una limitazione della responsabilità patrimoniale per l'operato del Commissario, in mancanza di un'espressa previsione normativa, costituirebbe poi un effetto del tutto ingiustificato ed esuberante rispetto alle finalità perseguite dalla legge 225/92”*(21).

L'Ufficio del Commissario delegato gode del patrocinio obbligatorio ed esclusivo dell'Avvocatura dello Stato, in ragione della sua natura giuridica di organo statale (22).

---

(20) Si veda, *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 9 luglio 2007, n. 1754, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2007, n. 6075, *ivi*; *id.*, 3 maggio 2007, n. 4707, *ivi*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 marzo 2006, n. 236, *cit.*.

(21) Così, testualmente, parere dell'Avvocatura Generale dello Stato del 12 gennaio 2009, prot. n. 8941, approvato da CO.CO. (comitato consultivo) dell'organo di Difesa erariale, allo stato inedito.

(22) Si veda, in merito alla natura statale della Struttura commissariale, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui *“L'ufficio del commissario delegato per l'emergenza rifiuti in Sicilia è un ufficio che, sebbene autonomo, fa capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri, per cui è evidente che gli atti assunti da tale organo sono riferibili alla stessa Presidenza del Consiglio, che ha nei confronti del commissario delegato un carattere di supervisione e di indirizzo”*.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 1, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (*Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato*), la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla difesa erariale, il cui patrocinio non può coesistere con quello esercitato da altri legali (23). Le amministrazioni dello Stato devono ricorrere necessariamente alla difesa in giudizio dell'Avvocatura dello Stato, pena la nullità radicale degli atti processuali compiuti (24). Come opportunamente evidenziato dalla giurisprudenza, la necessità del patrocinio e della rappresentanza delle amministrazioni dello Stato da parte dell'Avvocatura dello Stato risulta pacificamente applicabile anche agli organi delegati dell'Amministrazione centrale dello Stato ed alle gestioni commissariali la cui azione rientra nell'ambito di un *munus* statale, che, in quanto tale, implica necessariamente il patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato (25). Ed, infatti, nessuna amministrazione dello Stato può richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme stabilite dal Consiglio dei ministri (art. 5, R.d. cit.). Le speciali disposizioni in materia di rappresentanza obbligatoria dell'Avvocatura dello Stato afferiscono all'ordine pubblico processuale, trattandosi di norme

---

(23) In proposito, da ultimo, con diffusa e condivisibile motivazione, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 marzo 2009, n. 190, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), con commento di MEZZOTERO - LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del giudice amministrativo*, ove il Collegio ha affermato il principio dell'esclusività del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato con riferimento ad un ente (nella specie, l'Autorità Portuale di Gioia Tauro) che si avvale del patrocinio erariale autorizzato, ai sensi dell'art. 43, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. In forza di tale principio il Tribunale ha dichiarato la nullità dell'atto di costituzione in giudizio a firma del difensore illegittimamente nominato dall'Ente, per difetto di *jus postulandi*.

(24) Cfr., GIOVAGNOLI, *Il patrocinio dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni*, in CARINGELLA, DE NICTOLIS, GIOVAGNOLI, POLI, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2008, Roma, tomo I, 390; PAVONE, *Lo Stato in giudizio, Enti pubblici e Avvocatura dello Stato*, Milano, 2002; Trib. Milano, sez. X, 14 maggio 2007, n. 5833 (inedita), con la quale è stata dichiarata la nullità dell'atto di citazione, sottoscritto da un avvocato del libero foro nell'interesse dell'Ufficio del Commissario delegato, in quanto privo dello *jus postulandi*; nello stesso solco, con approfondita motivazione, Trib. Catanzaro, sez. II, 1 febbraio 2008, n. 72, cit.

(25) Si veda, in proposito, Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 19025, in *Riv. arbitrato*, 2005, 1, 76, con nota di GRASSO G., *Istituzione del procedimento arbitrale, carenza di potestà giudicanti e fase rescissoria del giudizio di impugnazione per nullità*, ove il principio è stato affermato con riferimento al Sindaco ed al presidente della Giunta regionale quale commissario di Governo ai sensi della l. 14 maggio 1981 n. 219, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 19 marzo 1981 n. 75, in materia di interventi di ricostruzione seguiti al terremoto del 1980 nell'area campana; in applicazione del principio dell'obbligatorietà del patrocinio erariale, la Corte ha affermato, nella fattispecie, che per le citazioni in giudizio di detto commissario ovvero per gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi agli arbitri nei confronti di esso è applicabile l'art. 11, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 - sostituito dall'art. 1, l. 25 marzo 1958 n. 260 - in tema di notifica presso l'Avvocatura dello Stato.

dettate in materia di *jus postulandi*. Ne segue che la disciplina prevista e sancita dal R.d. 1611/1933, in ordine al patrocinio erariale necessario, è imperativa ed inderogabile. La dottrina ha, infatti, evidenziato che lo *jus postulandi* dell'Avvocatura dello Stato in merito alle amministrazioni dello Stato è organico, obbligatorio ed esclusivo (26).

La natura statale degli Uffici Commissariali giustifica, oltre il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, il disposto normativo di cui all'art. 3, co. 2-bis, d.l. 30 novembre 2005, n. 245, introdotto dalla legge di conversione 27 gennaio 2006, n. 21, secondo il quale: *“In tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma”*. I successivi comma 2-ter e 2-quater (27) dispongono che l'incompetenza è rilevata d'ufficio e che la norma si applica anche ai processi in corso.

La competenza del T.A.R. del Lazio - scelta legislativa reputata dalla Consulta compatibile con il dettato costituzionale (28) - si radica in ragione della

---

(26) In ordine al principio di c.d. esclusività ed organicità del patrocinio erariale, si rinvia, per approfondimenti a PAVONE, *Lo Stato in giudizio, Enti pubblici e Avvocatura dello Stato*, Milano, 2002, 254; per una rassegna generale delle forme del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, si veda GIOVANNOLI, *op. ult. cit.*. In giurisprudenza, sulla portata del principio, cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 7 luglio 2009, n. 6527, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ove è stato ritenuto illegittimo, per contrasto con l'art. 1, R.d. n. 1611/1933, un bando del Ministero delle Politiche Agricole per l'affidamento del servizio di assistenza giudiziale, rivolto a studi legali, poiché la normativa contenuta nel R.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 esclude la possibilità per le amministrazioni statali di affidare tale attività agli avvocati del libero foro attraverso una gara ad evidenza pubblica nel caso in cui - come nella specie - non risultino esterni quei motivi eccezionali che consentono di avviare la procedura di autorizzazione per derogare alla norma che prevede il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato. Con specifico riguardo allo *jus postulandi* dell'Avvocatura di Stato in ordine alla rappresentanza e difesa in giudizio dell'Ufficio del Commissario delegato ex lege 225/92, si veda, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 marzo 2006, n. 236, cit., secondo cui *“Il Commissario Delegato, benché costituito presso l'Ufficio di Presidenza della Regione Calabria, ha veste di organo straordinario della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della Protezione Civile) di cui si avvale il competente apparato statale per lo svolgimento dei compiti attribuiti dalla legge n. 225/1992 in materia di protezione civile. Ne consegue che trovano piena applicazione le norme del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, nonché delle altre leggi in materia di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, riguardanti il patrocinio dello Stato e la notificazione degli atti alle amministrazioni statali”*; in tal senso, anche già, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 15 dicembre 2004, 2411, cit.; da ultimo, Trib. Catanzaro, sent. n. 72/08 cit., Trib. Milano, sent. n. 5833/2007 cit..

(27) Secondo cui: *“2-ter Le questioni di cui al comma 2-bis sono rilevate d'ufficio. Davanti al giudice amministrativo il giudizio è definito con sentenza succintamente motivata ai sensi dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, trovando applicazione i commi 2 e seguenti dell'art. 23-bis della stessa legge”*; *“2-quater Le norme di cui ai commi 2-bis e 2-ter si applicano anche ai processi in corso. L'efficacia delle misure cautelari adottate da un tribunale amministrativo diverso da quello di cui al comma 2-bis permane fino alla loro modifica o revoca da parte del tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, cui la parte interessata può riproporre il ricorso”*.

(28) Cfr., in proposito, Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237, cit..

circostanza che *le ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali* sono finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali, la cui cura richiede appunto l'esercizio di poteri straordinari. Spetta, infatti, al Governo disciplinare gli eventi di natura straordinaria, rientrando tra le sue competenze il potere di deliberare, prorogare e revocare lo stato di emergenza - determinandone durata ed estensione territoriale in riferimento alla natura e qualità degli eventi - e, come detto, tali funzioni hanno rilievo nazionale, rispondendo ad esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione (29). Sicchè, il carattere ultraregionale delle situazioni di emergenza - indipendentemente dal rispettivo ambito geografico di incidenza - giustifica la concentrazione del relativo contenzioso presso il T.A.R. del Lazio anche per l'impugnazione dei provvedimenti attraverso i quali le gestioni commissariali, data la loro natura di *longa manus* del Governo, pongono in essere le misure idonee a fronteggiare le situazioni di emergenza (30).

Tuttavia, all'indomani della pronuncia della Consulta (Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237), parte della giurisprudenza ha chiarito che il disposto normativo di cui all'art. 3, comma 2-*bis*, d.l. 30 novembre 2005, n. 245 (conv. l. n. 21/2006), non si riferisce, in modo indifferenziato, ad ogni tipologia di atto posto in essere dal Presidente del Consiglio dei Ministri al verificarsi degli eventi di cui all'art. 2, co. 1, lettera *c*), l. n. 225/1992, ovvero dai Commissari delegati nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 4, *l. cit.*. La competenza del T.A.R. Lazio di cui all'art. 3, comma 2-*bis*, *cit.*, attiene, infatti, ai giudizi impugnatori di provvedimenti amministrativi posti in essere nell'ambito di situazioni di emergenza derivanti da eventi naturali o legati all'azione dell'uomo fronteggiabili solo con poteri straordinari. Invero, la devoluzione alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio ha riguardo solo alle impugnazioni delle *ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali*, poste in essere a seguito della dichiarazione di cui al comma 1 dell'art. 5, l. n. 225/92, con precipuo riferimento sia, da un lato, all'istituto delle cd. ordinanze in de-

---

(29) In tal senso, già, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 16 maggio 2005, n. 981, *cit.*; T.A.R. Sicilia, Catania, 22 giugno 2000, n. 1142, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418, *cit.*

(30) Si vedano, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 aprile 2009, n. 1889, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Giust. Amm., 14 gennaio 2009, n. 15, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 17 novembre 2008, n. 19673, *ivi*; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969, *ivi*; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, *cit.*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 maggio 2008, n. 4516, *ivi*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 maggio 2008, n. 465, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 14 marzo 2008, n. 1299, *ivi*; *id.*, 7 gennaio 2008, n. 26, *ivi*; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 novembre 2007, n. 3918, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 25 ottobre 2007, n. 10095, *ivi*; *id.*, 24 luglio 2007, n. 6940, *ivi*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 11 maggio 2007, n. 1312, *ivi*; in dottrina, per approfondimenti, DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 476 ss.; TEMPESTA, *Stato di emergenza e competenza territoriale del Tar Lazio*, in *Il corriere del merito*, 2008, 4, 481 ss..

roga, di cui all'art. 5, comma 5, *l. cit.*, che, dall'altro lato, alla diversa figura delle ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o cose, di cui al menzionato art. 5, comma 3, della stessa legge.

Come chiarito dalla giurisprudenza, la norma in esame, attributiva della competenza del T.A.R. Lazio, è di carattere eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alle ordinarie regole in punto di competenza territoriale dettate dagli artt. 2 e 3, l. n. 1034/1971, e - in quanto tale - necessita interpretazione restrittiva (31).

Pertanto, dall'esame testuale dell'art. 3, comma 2-*bis*, sopra richiamato, risulta che la deroga alla competenza territoriale ivi prevista non trovi applicazione nelle ipotesi in cui l'impugnativa giurisdizionale concerne (non già le ordinanze di cui all'art. 5, *cit.*, ovvero i provvedimenti ad esse conseguenti, bensì) atti e provvedimenti amministrativi di diversa natura che costituiscono l'esercizio di un'ordinaria attività gestionale, sia pure inserita nell'ambito delle particolari situazioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 225/1992.

Sicchè, parte della giurisprudenza ritiene che allorquando l'Autorità deputata a dirimere lo stato di emergenza agisca attraverso strumenti giuridici ordinari, non strettamente funzionali a fronteggiare tali stati eccezionali (finalizzati a evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose), la competenza a conoscere degli eventuali avverse impugnazioni va determinata secondo le regole generali che disciplinano la competenza dei TT.AA.RR., *ex art. 2 e 3, l. TAR (32)*.

---

(31) Così, testualmente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 gennaio 2008, n. 83, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in ordine al carattere eccezionale e alla sua necessaria interpretazione restrittiva, si veda, inoltre, Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2994, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); altresì, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2007, n. 6075, *ivi*, secondo cui *"In ragione dell'espresso richiamo alle situazioni di emergenza di cui all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, deve infatti ritenersi che le "ordinanze adottate e [...]i consequenziali provvedimenti commissariali", la cui cognizione è rimessa in via esclusiva al TAR romano, siano appunto gli atti strettamente funzionali a fronteggiare tali stati eccezionali e dunque le ordinanze contigibili e urgenti finalizzate a evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose e i provvedimenti per l'attuazione degli interventi di emergenza"*.

(32) Così, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 gennaio 2008, n. 83, *cit.*; ha avuto cura di chiarire che *"la giustificazione della disciplina processuale a regime cui ha dato vita, in particolare, il comma 2-bis del contestato art. 3, trova la sua ragion d'essere proprio nella straordinarietà delle situazioni di emergenza (e nella eccezionalità dei poteri occorrenti per farvi fronte) che costituiscono il presupposto dei provvedimenti amministrativi, l'impugnativa dei quali forma l'oggetto dei giudizi devoluti alla competenza esclusiva del Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Corte Costituzionale 26.6.2007 n. 237). Appare evidente al Collegio che tale carattere di straordinarietà ed emergenza non può certo riscontrarsi in controversie meramente risarcitorie come la presente. Il tutto in assenza di una qualsiasi norma che estenda ai ricorsi per il risarcimento del danno la disciplina di cui sopra"*; altresì, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2007, n. 6075, *ivi*, secondo cui *"Quando si è invece chiaramente al di fuori di tale sfera di attività (vertendosi, ad esempio, di atti di organizzazione interna del commissariato di governo o, come nel caso in esame, della regolamentazione delle modalità di informazione e partecipazione dei cittadini), difettano i presupposti della competenza funzionale del Tar del Lazio, che*

### *L'esercizio dei poteri straordinari e derogatori del Commissario delegato*

Come già avvertito, i Commissari Delegati sono nominati con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri. Con tali provvedimenti, il Presidente del Consiglio dei Ministri delega i propri poteri agli Uffici commissariali delineando il contenuto della delega, i tempi e le modalità di esercizio e delimitando, altresì, l'eventuale esercizio del potere di deroga, con puntuale indicazione delle singole disposizioni di legge cui poter derogare. In particolare, ai commissari delegati istituiti ai sensi della l. n. 225/1992 sulla protezione civile non è consentito derogare ai principi di concorrenza di derivazione comunitaria, per come espressamente disposto dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 (pubblicata nella *Gazz. Uff.*, 21 dicembre 1998, n. 298), emanata ai sensi dell'art. 5, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, che è stata adottata a seguito di alcuni rilievi formulati dall'Unione europea: nella direttiva, che tende a delimitare - anche alla luce delle censure formulate in più occasioni dalla Corte costituzionale e dal Consiglio di Stato in relazione all'utilizzazione di poteri straordinari quando questi risultano generici e non ben circoscritti - il ricorso al commissario a situazioni imprevedibili effettivamente caratterizzate dallo stato di emergenza, viene stabilito, tra l'altro, che le ordinanze non possono comunque contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie relative agli appalti pubblici (33).

Tale direttiva all'art. 1 dispone che *“la durata degli stati di emergenza o di grande evento, dichiarati ai sensi dell'articolo 5 comma 1 della legge n. 225 del 1992 è definita in stretta correlazione con i tempi necessari per la realizzazione dei primi indispensabili interventi ...”* (comma 1), e che *“le ordinanze di protezione civile adottate ai sensi dell'articolo 5, comma 2 della legge 225 del 1992, per quanto citato in premessa, non devono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie (comma 2)”*. Ed inoltre, all'art. 2 dispone che *“le ordinanze di protezione civile previste dall'articolo*

---

*è basata sul profilo oggettivo dell'atto e non già sul soggetto emanante, e tornano ad operare le consuete regole di riparto su base territoriale della competenza tra i diversi Tribunali Amministrativi Regionali”*; in tal senso, pure, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 novembre 2007, n. 3918, ivi, secondo cui: *“i provvedimenti impugnati (i.e.: l'approvazione del progetto definitivo di un sistema impiantistico complessivo e l'autorizzazione alla realizzazione e gestione dello stesso) non sono annoverabili in alcun modo fra “le ordinanze adottate [ed] i consequenziali provvedimenti commissariali”, posti in essere a seguito della dichiarazione di cui al comma 1 dell'art. 5, cit., atteso che essi costituiscono, al contrario, esercizio di attività amministrative gestionali poste in essere (pur se nell'ambito di un quadro emergenziale) in attuazione di impegni assunti a seguito dell'espletamento di un pubblico incanto e della conseguente aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata”*.

(33) Per una puntuale disamina dei limiti, interni e comunitari, all'esercizio dei poteri commissariali derogatori in materia di appalti pubblici il rinvio è d'obbligo a 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 [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



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". L'art. 3 dispone, inoltre, che alla ricorrenza di situazioni di urgenza e di necessità aventi carattere di assoluta imperiosità, le ordinanze di protezione civile previste dall'art. 5, comma 2, l. n. 225/1992 potranno 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, delle norme contenute nelle pertinenti direttive comunitarie. 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). A titolo di ulteriore puntualizzazione si dispone che i commissari delegati nominati, ai sensi dell'art. 5, comma 4, l. n. 225, per l'attuazione degli interventi previsti, provvedono alle aggiudicazioni necessarie per il superamento delle situazioni d'emergenza, nel rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture, sulla base di ordinanze di protezione civile adottate ai sensi dell'art. 5, 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 (art. 5). Non può in tale sede sottacersi che tali direttive - oltre ad impartire prescrizioni al Dipartimento della Protezione Civile - implicitamente suggeriscono, come si vede, un uso prudente nel ricorrere alle procedure d'urgenza (in ossequio, peraltro, ai principi generali, desumibili sia dal nostro ordinamento che dalla normativa comunitaria), limitato ai casi di effettiva indifferibilità ed urgenza dei lavori connessi al pubblico servizio di cui è titolare l'Ufficio commissariale e solo per far fronte ad esigenze temporanee, non ripetibili nel tempo (secondo l'univoco indirizzo giurisprudenziale sopra segnalato); e ciò fermo restando il principio, affermato dalla giurisprudenza, secondo cui l'esercizio dei poteri derogatori ex art. 5, comma 2, l. 24 febbraio 1992, n. 225 necessita, comunque, di congrua esplicitazione motivazionale, da parte del Commissario delegato, con puntuale riferimento alle norme alla quale si sia inteso derogare ed alle ragioni della deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo *per relationem* alle Ordinanze di protezione civile che hanno previsto la derogabilità di norme di legge (34).

---

(34) In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3276, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Invero, il potere amministrativo di agire in deroga alle disposizioni vigenti, per far fronte alle situazioni emergenziali dichiarate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha natura assolutamente straordinaria ed *extra ordinem*, che si impone quale *estrema ratio* anche nell'ambito sistematico della l. n. 225/92. Dispone, infatti, l'art. 5, comma 2, l. cit., che “*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*”. Ciò significando che l'amministrazione deputata a far fronte agli eventi emergenziali (*in primis* i Commissari delegati) agisce nel rispetto dei principi generali dettati dall'ordinamento giuridico attraverso propri poteri ordinari, alla stregua di un'amministrazione comune. Sicchè, l'esercizio dei poteri derogatori - conferiti al Commissario delegato *ex* O.P.C.M. - implica un'attenta e congrua valutazione di tutti i presupposti necessari all'uso straordinario della deroga, limitata - in ogni caso - alle singole disposizioni normative indicate nella O.P.C.M. (35).

A questi principi perfettamente si allinea la sentenza in commento.

*La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ex art. 57, comma 2, lett. c), Codice degli Appalti pubblici, nell'ambito dell'esercizio dei poteri straordinari e derogatori del Commissario delegato*

I principi generali in materia di appalti pubblici, rinvenibili nell'ordinamento giuridico comunitario ed interno, impongono alla stazione appaltante di procedere alla scelta del proprio contraente privato attraverso una selezione pubblica improntata alle regole di pubblicità e concorrenza. Invero, la finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (*relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*) - trafusa nel d.lgs. n. 163/2006 - è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità Europea ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei “*principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*”(36). Si è voluto, infatti, assicurare l'apertura degli

---

(35) Così, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2009, n. 1656, in commento, secondo cui nell'ambito dell'esercizio dei poteri derogatori di cui all'art. 5 l. n. 225/92, non è sufficiente il mero richiamo all'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, ma devono essere indicate puntualmente le norme cui si intende derogare e le ragioni della medesima deroga; in questo senso, in dottrina, SALOMONE, *op. cit.*

appalti pubblici alla concorrenza anche mediante regole dettagliate volte a garantire procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea (37). Invero, come già chiarito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza per la stazione appaltante, tale da garantire - in favore di ogni potenziale offerente - un adeguato livello di pubblicità, consentendo l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (38). Tuttavia, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE in materia di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono tenute a rispettare, in ogni caso, i principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che impongono, in via generale, all'amministrazione 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 dei servizi (39).

La procedura di affidamento - volta allo scopo di garantire i predetti principi diretti a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti - è fondamentalmente riconducibile alla materia della tutela della concorrenza.

In proposito, la Corte Costituzionale ha rimarcato che *“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”*. Sicchè, la trasposizione dei sopra enunciati principi comunitari nel nostro ordinamento giuridico si traduce, essenzialmente, nell'attuazione delle regole

---

(36) Cfr., in proposito, 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 cui *“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”*.

(37) Così, Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1 agosto 2006.

(38) Cfr., in particolare, Corte di Giustizia UE, causa C-324/98 *Telaustria* [2000] Racc. I-10745, paragrafo 62; *id.*, causa C-231/03 *Coname*, sentenza del 21 luglio 2005, paragrafi da 16 a 19 e la causa C-458/03 *Parking Brixen*, sentenza del 13 ottobre 2005, paragrafo 49.

(39) Cfr., art. 3, paragrafo 1, lettere c) e g); art. 4, paragrafo 1; artt. 23 - 31; artt. 39 - 60, del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957.

costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento (*ex art. 97 Cost.*), che caratterizzano l'azione della pubblica amministrazione. In particolare, l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne dell'evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri. La selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione (40).

Sul versante interno, il nostro ordinamento giuridico conosceva già un principio di evidenza pubblica, prescrivendo l'art. 3, R.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (*legge di contabilità di Stato*) che ogni contratto della p.a. da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui si possa far ricorso alla trattativa privata. La *ratio* del principio espresso dall'art. 3, R.d. n. 2440/1923 è quella di assicurare la *par condicio* tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa di contrattare alle condizioni più vantaggiose mediante l'acquisizione di un pluralità di offerte, tantochè "*l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative*"(41). La *ratio* sottesa al principio recato dall'art. 3 *cit.*, ha una portata tanto generale da doversi ritenere preceettiva per qualsiasi attività dell'amministrazione, di modo tale che allorquando si presenti per i privati una possibilità di guadagno, tutti siano messi in grado di beneficiarne a parità di condizioni (42). Nondimeno, con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori,

---

(40) Così, testualmente, Corte Cost., sent. 23 novembre 2007, n. 401, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 624, con commento di LACAVA, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e LOPILATO, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui, tra l'altro, "*Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio 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 qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale*"; in particolare, la Consulta ha avuto modo di chiarire che "*la nozione comunitaria di concorrenza ... 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*".

(41) In questi termini, Cass. civ., sez. un., 5 maggio 2008, n. 11031, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); nello stesso senso, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 novembre 2008, n. 878, *ivi*.

(42) Si vedano in ordine al principio di evidenza pubblica ed, in particolare, alla vigenza dell'art. 3, R.d. 2440/1923, Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1132 e ss., con nota di BALDI; in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), con nota di LOGIUDICE; si veda, inoltre, più in generale, sul principio di evidenza pubblica, fra la giurisprudenza che si è pronunciata prima dell'entrata in vigore del Codice degli appalti pubblici, Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui: "*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 comunitario (ritraibili principalmente dagli art. 43 e 55 del trattato Ce), nonché dei principi generali*

servizi e forniture), il legislatore italiano ha dato attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, recependo, nel nostro ordinamento giuridico, i principi generali dettati dalla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici (43). Tuttavia, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il principio di evidenza pubblica sia espressione di un più generale principio di

---

*che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive"; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375, ivi, secondo cui: "il contraente pubblico è obbligato a mantenere un contegno che, in relazione alla rilevanza economica della fattispecie, consenta a tutte le imprese interessate di venir per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata, così da favorire la più ampia partecipazione di aspiranti alle procedure selettive; e, pertanto, l'obbligo di seguire le norme di evidenza pubblica, ivi incluse quelle concernenti l'adeguata pubblicizzazione della selezione, è regola generale, valevole anche per i contratti c.d. sotto soglia"; da ultimo, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 21 maggio 2008, n. 1978, ivi, secondo cui: "il principio di concorrenza e quelli che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento (...) costituendo principi fondamentali del diritto comunitario, si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne"; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 6 dicembre 2008, n. 21241, ivi, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui: "I principi generali del Trattato sull'Unione Europea, i quali impongono che il sistema di scelta del contraente sia ispirato a criteri di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate, quali la concessione di servizi, gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti"; ex pluribus, Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, ivi. In particolare, con riguardo all'affidamento diretto dell'appalto alle società in house miste, Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1119, con commento di CARANTA, secondo cui: "Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico. Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti, in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la par condicio e quindi a violare il Trattato (e le direttive)"; nello stesso senso, già Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Dir. maritt.*, 2007, 4, 1193; *id.*, 30 dicembre 2005, n. 7616, in *ivi*, 2007, 4, 1190; *id.*, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Giur. it.*, 2005, 851; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 giugno 2007, n. 1102, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2225. Si veda, in dottrina, VOLPE C., *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 2008, 12, 1141; altresì, IMPASTATO, *Brevi considerazioni sulla palingenesi della cd. "manomorta" attraverso il principio della redditività della gestione patrimoniale pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); si veda, altresì, *Servizi Studi del Senato, Disegno di legge A.S. n. 1373, Misure a tutela dei segni distintivi delle Forze armate e costituzione della Società "Difesa Servizi Spa"*, marzo 2009, n. 100, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).*

(43) In particolare, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice contratti pubblici*) dispone all'art. 27 (*Principi relativi ai contratti esclusivi*), comma 1, che "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

tutela della concorrenza “*nel*” e “*per*” il mercato, rinvenibile del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che ha - nel nostro ordinamento giuridico - una sua precipua forza precettiva *self-executing*.

Ne consegue che solo in casi eccezionali e tassativamente indicati dalla legge l'amministrazione può procedere alla scelta del proprio contraente attraverso una trattativa privata (*rectius*: procedura negoziata), così derogando al principio di evidenza pubblica che impone all'amministrazione l'adozione - in ogni caso - di un'idonea pubblicità degli atti di gara, tale da consentire un confronto concorrenziale caratterizzato da oggettività e trasparenza (44).

In proposito, le direttive in materia di appalti pubblici prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza pre-

---

Altresì, il successivo art. 30 (*Concessione di servizi*), comma 3, prevede che “*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*”.

L'art. 92 (*Procedure di affidamento*), comma 1, dispone, inoltre, che: “*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 nel rispetto di quanto disposto all'art. 120, comma 2-bis, di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) dell'art. 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei*”.

(44) Si veda, in ordine alla procedura negoziata ex artt. 56 e 57, *Codice appalti pubblici*, DE NICOTOLIS, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. III, Sez. III, p. 1731 e ss.; cfr., par. 7 e 8 riguardo alle procedure negoziate; Cons. St., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5766, in *Foro amm. CdS*, 2007, 11, 3148, secondo cui: “*La trattativa privata è sempre stata intesa, nel diritto italiano, come la contrattazione diretta, senza gara, tra una pubblica amministrazione e un privato*”; Corte giustizia UE, grande sezione, 8 aprile 2008, n. 337, in *Foro amm. CdS*, 2008, 4, 972; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 giugno 2007, n. 1104, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2227, secondo cui: “*La trattativa privata - oggi definita procedura negoziata nelle direttive comunitarie e negli atti nazionali di recepimento - è un criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale perché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono il ricorso alle procedure aperte o ristrette e la procedura negoziata, come si evince dal confronto tra il quarto e il secondo comma dell'art. 54, d.lgs. n. 163 del 2006, può essere utilizzata solo nei casi specifici in cui la legge lo preveda espressamente*”; si veda, altresì, in merito alla procedura negoziale senza bando di gara quale procedura eccezionale derogatoria al principio di evidenza pubblica, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 16 luglio 2008, n. 689, *ivi*; T.A.R. Veneto, sez. I, 21 novembre 2008, n. 3620, *ivi*, che nell'annullare gli atti di gara inerenti l'affidamento diretto di progettazione ad un noto e prestigioso architetto, ha avuto cura di specificare che “*la regola della concorsualità non può essere violata, posto che la nozione di “affidamento”, e la conseguente necessità dell'evidenza pubblica comprendono espressamente anche i “concorsi di idee”: il che vuol dire che non solo non è consentito alle Pubbliche Amministrazioni affidare senza procedimento concorsuale qualsivoglia tipo di progettazione, ma che anche la preliminare acquisizione di idee finalizzate alla progettazione deve comunque essere acquisita e remunerata solo previo procedimento ad evidenza pubblica*”.

via pubblicazione di un avviso pubblicitario (45). I casi più importanti riguardano le situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti la cui esecuzione, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico.

Il Codice degli appalti pubblici, recato dal d.lgs. n. 163/2006, sancisce che la procedura negoziata è una gara in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici scelti dalla medesima amministrazione e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 40, comma 3).

In attuazione delle direttive comunitarie sopra richiamate, il legislatore italiano ha previsto e sancito due tipologie di procedure negoziate: previa pubblicazione del bando e senza bando. A differenza della procedura negoziata con pubblicazione del bando (*ex art. 56*), soggetta a pubblicità, ai termini per la presentazione dell'offerta ed ai criteri di selezione dell'offerta stessa, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (*ex art. 57*) non è soggetta a pubblicità, né a particolari regole procedimentali, salvo - qualora possibile - procedere ad una previa indagine di mercato individuando almeno tre imprese idonee ad espletare l'appalto da invitare alla negoziazione (cfr. art. 57, comma 6). L'indagine di mercato, prescritta dalla norma, è solo eventuale, poiché in alcuni casi la negoziazione è di fatto ad esecutore determinato, come nel caso dei lavori complementari o della ripetizione di servizi simili, mentre in altri casi l'amministrazione deve valutarne la concreta possibilità, potendosi ad esempio verificare che l'esigenza di tutelare l'incolumità pubblica abbia un'urgenza tale da non consentire neppure la negoziazione con tre imprese, ovvero che sussistano ragioni di natura tecnica talmente rilevanti per le quali l'affidamento debba necessariamente avvenire ad opera dell'originario esecutore (46). Deve, in ogni caso ritenersi che in ipotesi di procedura negoziata preceduta da una consultazione informale l'Amministrazione, che si sia autodisciplinata dettando regole procedimentali per lo svolgimento della negoziazione, è vincolata al loro rispetto, anche per quanto attiene alla *par condicio* fra i partecipanti (47).

---

(45) Cfr., in merito, art. 31 della direttiva 2004/18/CE e art. 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.

(46) Si veda, in tal senso, LILLI, Legge 12 luglio 2006 n. 228: le prime modifiche "in corsa" al codice degli appalti, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); altresì, *ex pluribus*, MACERONI, *La procedura negoziata nel nuovo codice degli appalti*, in *ivi*; si veda, in giurisprudenza, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 maggio 2008, n. 3886, in *Foro amm. TAR*, 2008, 5 1329, secondo cui: "Le norme legislative che permettono l'accesso a procedure negoziate senza bando, in deroga ai principi comunitari che regolano le procedure di evidenza pubblica aperte o ristrette, devono essere interpretate restrittivamente, gravando comunque sulla stazione appaltante l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali cui le norme riconducono la deroga".

(47) In tal senso, T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 7 luglio 2008, n. 335, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

La procedura negoziata senza bando è consentita solo nei casi espressamente previsti dall'art. 57, Codice appalti pubblici, da ritenersi tassativi ed insuscettibili di interpretazione analogica e/o estensiva, in ragione del carattere eccezionale della procedura, derogatoria del principio di evidenza pubblica sopra divisato (48).

Fra le ipotesi contemplate dall'art. 57 *cit.*, la recente decisione del T.A.R. Lazio in commento si è soffermata sulla procedura negoziale *sub* lett. c) (art. 57, comma 2), 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.*

In particolare, il Tribunale ha chiarito che il ricorso alla procedura senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57 comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, trova fondamento nella presenza di circostanze tanto eccezionali che non consentono l'indugio degli incanti e della licitazione privata e a condizione che l'estrema urgenza risulti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipenda invece da un ritardo di attivazione dei procedimenti ad essa imputabile.

Tuttavia, l'urgenza nel provvedere deve essere qualificata come estrema e deve derivare da circostanze che siano non prevedibili secondo l'ordinaria diligenza. Deve trattarsi, quindi, di un'urgenza qualificata e non generica, tanto da corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti, tali da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso e non deve essere imputabile all'inerzia della stazione appaltante (49).

(48) Si veda, in merito, Corte Conti, sez. contr., 3 aprile 2007, n. 3, in *Riv. Corte conti*, 2007, 2 3.

(49) Cfr., in proposito, Autorità di Vigilanza, determinazione n. 18 del 5 aprile 2000, secondo cui: "è, pertanto, illegittimo il ricorso a tale procedura nel caso in cui l'urgenza sia sopravvenuta per comportamento colpevole dell'amministrazione, la quale, pur potendo prevedere l'evento, non ne abbia tuttavia tenuto conto al fine di valutare i tempi tecnici necessari alla realizzazione del proprio intervento"; in giurisprudenza, si veda, T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 16 luglio 2008, n. 689, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui: "L'estrema urgenza dei lavori deve risultare da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, fermo restando che l'urgenza non può, né deve dipendere da un ritardo di attivazione dei procedimenti che sia imputabile all'ente pubblico"; in tal senso, già, Cons. St., sez. V, 16 novembre 2005, n. 6392, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781, *ivi*, secondo cui: "è da escludere che un ritardo imputabile alla stessa amministrazione possa giustificare la deroga ai principi dell'evidenza pubblica ed il ricorso alla trattativa privata"; si veda, inoltre, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 maggio 2008, n. 3886, in *Foro amm. TAR*, 2008, 5, 1329, secondo cui: "L'urgenza, che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'art. 97 della Costituzione), deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle



In ogni caso, l'amministrazione ha facoltà ad indire la procedura negoziata ovvero procedere alla selezione pubblica attraverso altre forme di gara, caratterizzate da pubblicità e trasparenza, in ossequio al principio di tutela della concorrenza e del mercato (50). In particolare, nell'ambito della procedura negoziata senza bando, l'amministrazione procedente gode di ampia discrezionalità. Di guisa che l'art. 57, comma 1, impone espressamente alla stazione appaltante di esternare un'adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre, tale da indicare puntualmente le ragioni che hanno indotto l'amministrazione all'adozione della procedura speciale.

L'obbligo motivazionale è così *“funzionalizzato alla par condicio in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (...) in termini di efficienza, di economicità e snellezza ... da riferirsi sia alla scelta di procedere a trattativa privata, sia alla mancata considerazione di talune offerte, sia alle ragioni della scelta di stipulare con un determinato offerente”*(51). Invero, nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando, i margini di discrezionalità della stazione appaltante sono sensibilmente maggiori rispetto alle tipiche procedure di evidenza pubblica (52). Così che la garanzia del rispetto della *par condicio* e delle regole sulla concorrenza risiede nel rispetto, a monte, dei requisiti particolarmente restrittivi che, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), Codice appalti pubblici, legittimano il ricorso a siffatta procedura (53).

Sicché, la valutazione della legittimità dell'operato posto in essere dall'amministrazione procedente transita attraverso una duplice verifica che at-

---

*circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una così grave violazione ai predetti principi costituzionali”.*

(50) Si veda T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 31 gennaio 2009, n. 173, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui: *“costituendo la trattativa privata ipotesi del tutto eccezionale, l'amministrazione appaltante è libera di indire una gara pubblica, pur quando si verificano in astratto presupposti per aggiudicare i lavori mediante trattativa privata, senza neanche indicare le ragioni di tale scelta, rientrando ciò nelle scelte ordinarie dell'amministrazione che l'ordinamento considera di per sé preferibili (Consiglio Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3721), piuttosto, al contrario, è la scelta della P.A. di procedere a trattativa privata che va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano; mentre, qualora l'amministrazione si orienti per la gara pubblica, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle opzioni normali che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto, i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata”.* Altresi, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 5023, *ivi*, secondo cui: *“laddove si presenti l'urgenza di provvedere l'amministrazione ha il potere di scegliere il contraente mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara; tale scelta peraltro non può essere ritenuta automatica, e deve essere ponderata con i rischi per la spesa pubblica ed anche per la qualità della prestazione da ottenere, una volta che la concorrenza è fortemente limitata o, come nel caso di specie, nel quale è stata presentata una sola offerta valida, sostanzialmente annullata”.*

(51) Così, testualmente, DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1766-1767.

(52) In tal senso, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 giugno 2008, n. 1540, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(53) Così, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 giugno 2008, n. 1540, *cit.*

tiene, da un lato, all'*estrema urgenza* nel provvedere in presenza di *eventi imprevedibili*, e, dall'altro, all'ostensione di un idoneo (*rectius*: adeguato) apparato motivazionale con il quale venga fornita congrua emersione alle relative ragioni. Tanto che, l'esame delle determinazioni a contrarre deve consentire un positivo apprezzamento della sussistenza dei presupposti, sia per quanto concerne la situazione non altrimenti fronteggiabile, sia con riferimento alla emersione di ragioni che giustificano il ricorso all'eccezionale procedura selettiva. Detto altrimenti, l'urgenza del provvedere, da coniugarsi – come la norma impone – con l'imprevedibilità della situazione da fronteggiare, deve trovare riscontro nella fattispecie del caso concreto, in ragione della quale l'amministrazione appaltante ha indetto la procedura negoziata. Sicchè dall'apparato motivazionale della determina a contrarre deve emergere il nesso di necessaria implicazione causale tra la situazione di estrema urgenza ed il ricorso alla trattativa privata. Non è, dunque, sufficiente una mera formula di stile, essendo di contro necessaria una motivazione sostanziale, di modo tale che i relativi presupposti giustificanti l'indizione della procedura negoziata vanno valutati ed apprezzati con il necessario rigore.

Tuttavia, atteso il carattere singolare della procedura negoziata di cui alla lett. c), i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata non corrispondono, in modo automatico, ai presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza. In ciò sta il punto centrale della decisione del Tribunale amministrativo capitolino: non può, invero, assumersi *a priori* che la situazione di emergenza che caratterizza la dichiarazione (*ex art. 5, l. n. 225/92*) dello stato emergenziale integri *sic et simpliciter* i presupposti necessari per l'indizione della procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), Codice appalti pubblici.

Deve, quindi, escludersi la legittimità di una motivazione che identifica le ragioni di urgenza dell'affidamento richieste dalla lett. c) dell'art. 57, comma 2, con i presupposti (emergenziali) inerenti al conferimento dei poteri commissariali.

Detto in altro modo, i poteri emergenziali non giustificano in quanto tali l'erosione dei principi comunitari di trasparenza e confronto concorrenziale, occorrendo un *quid pluris*, che l'Ufficio commissariale avrà l'onere di allegare a corredo della determinazione a contrarre.

*Avv. Alfonso Mezzotero\**

---

(\*) Avvocato dello Stato.

Con la collaborazione del dott. Aurelio Schiavone.

**Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, Sezione I, sentenza 18 febbraio 2009 n. 1656** - Pres. Giovannini, Rel. Politi - Kapsch Trafficom s.r.l. e Kapsch-Busi S.p.A. (Avv.ti M. Sanino e L. Montarsolo) c. Sindaco di Napoli, in qualità di Commissario delegato ex O.P.C.M. 3566/2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avvocatura generale dello Stato), Comune di Napoli (Avv.ti B. Ricci, G. Tarallo, B. Crimaldi, A. Cuomo, A.I. Furnari, G. Pizza, A. Pulcini, B. Accattatis Chalons D'Oranges, A. Andreottola, E. Carpentieri, G. Romano).

*(Omissis)*

#### FATTO

Espongono preliminarmente le ricorrenti KAPSCH TRAFFICCOM s.r.l. e KAPSCH-BUSI S.p.A. (società operative per il mercato italiano del gruppo KAPSCH TRAFFICCOM A.G. con sede in Vienna) che con ordinanza del 5 marzo 2007 il Presidente del Consiglio dei Ministri ha nominato – fino al 31 dicembre 2008 – il Sindaco di Napoli Commissario delegato per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare la situazione di emergenza nel settore del traffico e della mobilità urbana.

Nominato nella persona del Direttore Generale del Comune di Napoli il "Soggetto Attuatore", il predetto organo commissariale – con decreto del 9 febbraio 2008 – indicava l'obiettivo di procedere alla sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato ITS (Intelligent Transportation System) per il controllo e la regolamentazione del traffico urbano.

Con il medesimo decreto veniva affidato a Napolipark s.r.l. (società in house del Comune di Napoli) il compito di procedere all'implementazione del sistema integrato.

Quest'ultima, con nota del successivo 13 marzo, rappresentava al commissario delegato l'esigenza di individuare il soggetto appaltatore per la realizzazione del sistema anzidetto a mezzo di gara ad evidenza pubblica.

Nondimeno, il commissario delegato (decreto n. 19 del 10 aprile 2008) affidava al Soggetto Attuatore il compito di procedere direttamente all'affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato ITS mediante procedura ristretta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata, procedendo ad apposita indagine esplorativa al fine di individuare gli operatori maggiormente qualificati per la formulazione degli inviti a partecipare alla procedura stessa.

Successivamente, il Soggetto Attuatore stabiliva di indire procedura negoziata di affidamento ancorché in difetto dello svolgimento della pur prevista indagine esplorativa; ed approvava, conseguentemente, gli atti preordinati all'indizione della selezione.

Ciò premesso, evidenza parte ricorrente di aver chiesto (nota del 7 agosto 2008) di essere invitata a partecipare alla trattativa privata.

La struttura commissariale riservava, tuttavia, esito negativo all'istanza da ultimo indicata, in ragione dell'avvenuta preselezione dei soggetti da invitare in seguito all'affermato svolgimento di una preventiva indagine esplorativa.

Assume ora parte ricorrente che gli atti come sopra impugnati siano illegittimi in ragione dei motivi di doglianza infra esposti.

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 3 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, COMMA 1, DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO

AL PRINCIPIO DI CONCORRENZIALITÀ, TRASPARENZA ED IMPARZIALITÀ. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA.

Nell'osservare come la decisione del Commissario delegato di procedere all'affidamento dell'appalto in esame a seguito di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando sia immotivata, rileva parte ricorrente come l'eccezionalità di tale procedura avrebbe dovuto imporre l'esplicitazione di un congruo apparato motivazionale recante l'indicazione dei relativi presupposti giustificativi.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, LETT. B), DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ ED IMPARZIALITÀ E DI PAR CONDIZIO FRA I CONCORRENTI. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DELLA DIRETTIVA CE 2004/18. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE PER DIFETTO ED ERRONEA MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ E SVIAMENTO.

Sarebbero, inoltre, insussistenti i presupposti fissati dalla pertinente normativa ai fini dell'indizione di una procedura negoziata senza bando: in particolare, escludendosi che – quanto all'affidamento del servizio de quo – fosse rinvenibile unicamente un operatore determinato in grado di garantirne l'esecuzione.

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, LETT. C), DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ ED IMPARZIALITÀ E DI PAR CONDIZIO FRA I CONCORRENTI. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DELLA DIRETTIVA CE 2004/18. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE PER DIFETTO ED ERRONEA MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ, TRAVISAMENTO ED IRRAGIONEVOLEZZA.

Né, quanto alla fattispecie in esame, sarebbe comprovata la presenza di ragioni di urgenza nel provvedere all'affidamento dell'appalto, tali da giustificare il ricorso alla procedura all'esame: non potendosi ravvisare, secondo quanto sostenuto dalla parte ricorrente, tali ragioni nei presupposti per i quali è stata dichiarata la situazione emergenziale in relazione ai problemi di traffico e di mobilità urbana nella Città di Napoli.

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, LETT. C), DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163 SOTTO DIVERSO ED ULTERIORE PROFILO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ ED IMPARZIALITÀ. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DELLA DIRETTIVA CE 2004/18. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO ED IRRAGIONEVOLEZZA.

La disposizione di cui alla lett. c) dell'art. 57 del D.Lgs. 163/2006 sarebbe, inoltre, stata violata nella parte in cui stabilisce un nesso di stretta proporzionalità fra l'oggetto dell'affidamento ed il superamento delle condizioni eccezionali dell'urgenza.

In particolare, se la norma consente di derogare ai principi di concorrenzialità nella misura strettamente necessaria a superare una situazione di emergenza, nel caso di specie è stato pre-

visto l'affidamento di un sistema complesso – quale quello per la regolamentazione ed il controllo del traffico urbano – con ogni evidenza incompatibile con l'adozione di interventi preordinati al superamento di contingenze aventi carattere di imprevedibilità ed urgenza.

5) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, COMMI 1 E 6, DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 3 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI GARE PUBBLICHE, ANCHE DI DERIVAZIONE COMUNITARIA ED IN PARTICOLARE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA ED IMPARZIALITÀ. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO, CONTRADDITTORIETÀ ED IRRAGIONEVOLEZZA.

Parimenti viziata si rivela l'indizione della procedura negoziata non proceduta dallo svolgimento di un'indagine di mercato o esplorativa (come, peraltro, in un primo momento indicato nel decreto commissariale n. 20 del 15 aprile 2008).

6) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 5 DELLA LEGGE 24 FEBBRAIO 1992 N. 225. VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI DEL 22 OTTOBRE 2004. VIOLAZIONE DELL'O.P.C.M. N. 3566/2007. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI PUBBLICHE GARE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA. CONTRADDITTORIETÀ. TRAVISAMENTO.

Né i provvedimenti gravati trovano profili di legittimità nell'adottabilità di determinazioni derogatorie del vigente quadro normativo, assunte ai sensi della legge 225/1992, atteso che in essi non trovasi indicato alcun riferimento alle disposizioni suscettibili di essere derogate.

7) ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE TRAVISAMENTO DEI FATTI, ERRONEITÀ E CONTRADDITTORIETÀ DELLA MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, SVIAMENTO.

La nota commissariale con la quale è stata respinta la richiesta inoltrata dall'odierna ricorrente ai fini della partecipazione alla procedura de qua sarebbe, poi, viziata non soltanto in via derivata con riferimento ai presupposti atti di indizione della procedura stessa, ma anche in ragione dell'erroneità della circostanza (pregresso svolgimento di indagine esplorativa) nella nota medesima indicata a fondamento del diniego di invito.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Le Amministrazioni intimete, costitutesi in giudizio, hanno eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questo Tribunale accolta con ordinanza n. 5997, pronunciata nella Camera di Consiglio del 17 dicembre 2008.

Con il medesimo provvedimento è stata altresì fissata, ai sensi dell'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, l'odierna pubblica udienza ai fini della trattazione del merito della presente controversia.

#### DIRITTO

Riveste assorbente rilevanza, ai fini dell'accoglimento dell'impugnativa all'esame, la fondatezza della censura con la quale parte ricorrente ha contestato la sussistenza dei presupposti

per lo svolgimento di una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando di gara, ai fini dell'aggiudicazione della progettazione e realizzazione chiavi in mano del Sistema integrato di monitoraggio, gestione e controllo del traffico della Città di Napoli.

1. Va preliminarmente osservato che l'art. 57 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede, al comma 1, che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

Le coordinate applicative dell'istituto sono precisate dal successivo comma 2; il quale stabilisce che, nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura in questione è consentita:

- 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 ...";
  - 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 appaltanti".
- Un preliminare ordine di considerazioni va svolto con riferimento all'operatività, quanto alla vicenda in esame, della disposizione ora riportata.

Ciò in quanto la difesa del Comune di Napoli (da ultimo, con la memoria depositata il 21 gennaio 2009) pone in evidenza come l'O.P.C.M. 3566/2007 abbia espressamente autorizzato il Commissario delegato a derogare, fra le altre, anche alla disposizione di cui all'art. 57 del D.Lgs. 163/2006.

Ora, impregiudicato il richiamo alla norma in questione operato dalle determinazioni commissariali che infra verranno individuate (circostanza che, anche se induttivamente, dimostra l'assenza, all'interno della vicenda procedimentale all'esame, di alcun intento derogatorio riguardante la previsione legislativa di che trattasi), va – in linea di principio – osservato che l'esercizio dei poteri derogatori ex art. 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992 n. 225 necessita, comunque, di congrua esplicitazione motivazionale, da parte del Commissario delegato, con puntuale riferimento alle norme alla quale si sia inteso derogare ed alle ragioni della deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo per relationem alle OO.PP.CC.MM. che hanno previsto la derogabilità di norme di legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3276).

L'assenza di alcuna manifestata volontà derogatoria – e, con essa, dei relativi presupposti giustificativi – consente di escludere che, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, le disposizioni dettate dall'art. 57 del D.Lgs. 163/2006 non dovessero trovare (con riferimento alle fattispecie ivi disciplinate ed alle relative modalità attuative) piena ed integrale applicazione: l'operato nella circostanza posto in essere dalla precedente Autorità dovendo, conseguentemente, essere sottoposto a disamina in un'ottica di necessaria parametrizzazione con l'osservanza delle prescrizioni dalla citata norma dettate.

Ciò osservato, merita particolare attenzione, ai fini della delibazione della sottoposta vicenda contenziosa, l'ipotesi contemplata alla lett. c) del comma 2 dell'articolo in questione.

Con essa, la valutazione della legittimità dell'operato nella circostanza posto in essere dalla precedente Amministrazione transita attraverso una duplice verifica, riguardante:

- da un lato, l'“estrema urgenza” nel provvedere, per come qualificata dalla riportata disposizione (e coordinata alla presenza di “eventi imprevedibili”);
- e, per altro verso, l'ostensione di un idoneo (rectius: adeguato, alla stregua del letterale tenore della disposizione in rassegna) apparato motivazionale con il quale venga fornita congrua emersione alle relative ragioni.

**2.** L'esame delle gravate determinazioni non consente un positivo apprezzamento della sussistenza degli indicati presupposti, né per quanto concerne l'intrinsecità di una situazione non altrimenti fronteggiabile, né con riferimento alla emersione di ragioni giustificanti il ricorso all'eccezionale procedura in discorso.

**2.1** Va in primo luogo chiarito, a premessa delle considerazioni che il Collegio intende infra esporre, che effettivamente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando riveste carattere di eccezionalità.

Con la conseguenza che:

- se i relativi presupposti giustificanti vanno valutati ed apprezzati con il necessario rigore, onde scongiurare che situazioni di pretesa (ma non compiutamente dimostrabile) urgenza possano costituire un *commodus discessus* rispetto all'obbligo di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale che solo la pubblica procedura di selezione consente di attuare con carattere di oggettività e trasparenza;
- d'altro canto, l'obbligo motivazionale, lungi dall'atteggiarsi alla stregua di una mera estrinsecazione di un apparato giustificativo preconfezionato al solo scopo di offrire emersione alle scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, deve oggettivamente (quanto, con ogni evidenza, compiutamente) offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti: e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria (quanto univoca) implicazione causale, tale da imporre (in presenza di condizioni che la stessa legge qualifica, delimitandone l'operatività alla misura “strettamente necessaria”, in termini di “estrema urgenza” e di “imprevedibilità”) il ricorso alla trattativa privata.

Ciò osservato, va in primo luogo escluso che la pretesa urgenza del provvedere, da coniugarsi – come la norma impone – con l'imprevedibilità della situazione da fronteggiare, nel caso in esame siano state comprovate in relazione alla concreta fattispecie a fronte della quale l'organismo commissariale ha indetto la contestata procedura.

Si sostiene, da parte delle difese delle parti intimate (Commissario governativo; Amministrazione comunale di Napoli) che la stessa investitura dei poteri commissariali – e, prima ancora, la declaratoria dello stato emergenziale – evidenzino, con carattere di non misconoscibile rilievo, l'eccezionalità della situazione del traffico nel capoluogo partenopeo: di tal guisa che l'indifferibilità del provvedere (e, con essa, la ricorribilità all'ipotesi di cui alla lett. c) dell'art. 57 del D.Lgs. 163/2006) conseguirebbero ex se al complesso di determinazioni che, per effetto ed a seguito dell'O.P.C.M. 3566/2007, hanno condotto all'adozione degli atti ora avversati. Tale argomentazione, in effetti, si dimostra suscettibile di interpretazione in senso specularmente opposto rispetto alla prospettazione delle resistenti: ed adduce all'attenzione del Collegio un primo elemento – che, sia pure connotato dal carattere di presuntività, nondimeno rivela univoca conclusione ermeneutica – di confutazione dell'esistenza dei presupposti di legge al fine di legittimare il ricorso alla procedura negoziata.

**2.2** Se è infatti vero che la situazione del traffico napoletano presentava elementi di criticità tali da indurre, ad opera del Presidente del Consiglio dei Ministri, la nomina (di cui all'ordinanza in data 5 marzo 2007) di un organo commissariale dotato degli straordinari poteri di cui all'art. 5 della legge 225/1992, allora non può non convenirsi sul carattere di incontrovertibile

(preesistenza e) notorietà che siffatta situazione, fin dal momento della sua “emersione” in termini emergenziali, ha assunto.

Conseguentemente, appare arduo poter sostenere che “soltanto” in data 10 giugno 2008 l’organo commissariale abbia potuto prendere cognizione della presenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata ex art. 57: e, conseguentemente, emanare l’avversato decreto di indizione della procedura stessa.

Se, effettivamente, nella (mera) declaratoria dello stato di emergenza fosse ex se individuabile il presupposto di una situazione di indifferibile urgenza tale da giustificare la ripetuta procedura, non è allora dato comprendere perché sia decorso – fra la nomina dell’organismo commissariale e l’emanazione del decreto da ultimo citato – un arco temporale ragguagliabile ad oltre quindici mesi.

In tale arco temporale – è peraltro opportuno soggiungere – lo stesso organismo commissariale, una volta individuato (e nominato) nella persona del Direttore Generale del Comune di Napoli il “Soggetto Attuatore” degli interventi volti a fronteggiare la situazione emergenziale di che trattasi, ha indicato (decreto n. 9 del 26 febbraio 2008) l’obiettivo di procedere alla “sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato ITS (Intelligent Transportation System) con funzioni di controllo e regolamentazione del traffico urbano.

Con il provvedimento da ultimo citato, veniva inoltre affidato a Napolipark s.r.l. (società in house del Comune) il compito di procedere all’implementazione del sistema integrato, fissandosi al 30 settembre 2008 la data di conclusione della fase sperimentale dell’impianto.

A fronte di quanto rappresentato al Commissario da Napolipark con nota del 13 marzo 2008 (esigenza dell’elaborazione di un capitolato tecnico da porre a base della procedura ad evidenza pubblica preordinata all’individuazione del soggetto incaricato della progettazione del sistema de quo), lo stesso Commissario (decreto n. 19 del 10 aprile 2008) affidava al Soggetto Attuatore il compito di “procedere direttamente, attraverso la struttura commissariale, all’affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato ITS”; ulteriormente stabilendo che siffatto affidamento sarebbe dovuto intervenire mediante ricorso ad una “procedura ristretta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata, tenuto conto dell’indeterminatezza del numero di operatori qualificati che risultino effettivamente in possesso della tecnologia necessaria, nonché della necessità di contrarre al massimo i tempi di esecuzione, procedendo a tal fine ad apposita indagine esplorativa allo scopo di individuare i detti operatori qualificati, al fine del successivo loro invito alla procedura ristretta e/o negoziata”.

Come inequivocamente illustrato dal riportato contenuto del decreto 19/2008, non è dato rinvenire la presenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata: e ciò in quanto:

- laddove fosse stato dato riscontrare, al momento dell’adozione del provvedimento de quo, l’effettiva sussistenza di una situazione di “estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili” ed incompatibile “con i termini imposti dalle procedure aperte o ristrette”,
- allora non è dato comprendere perché l’organo commissariale, nell’affidamento dell’incarico in questione al Soggetto Attuatore, abbia posto il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando in un rapporto di alternative rispetto alla procedura ristretta da aggiudicare all’offerta economicamente più vantaggiosa.

**2.3** Se l’obbligo motivazionale imposto, ai fini in discorso, dall’art. 57 del D.Lgs. 163/2006 non si dimostra, con ogni evidenza, assolto dal decreto commissariale n. 19/2008, a conclu-



sioni difformi non è dato pervenire a seguito della lettura della determinazione (n. 20 del 15 aprile 2008) con la quale il Soggetto Attuatore ha effettuato la scelta al medesimo rimessa optando per la procedura negoziata.

In esso leggesi infatti che la scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è giustificata in ragione della configurazione dei relativi “tempi tecnici”: i quali, “in termini di ricezione delle offerte, sono inferiori a quelli prescritti per l’espletamento di una procedura ristretta”.

Già da tale – pur scarno – apporto motivazionale non è dato comprendere, attesa la conoscibilità ex ante della tempistica della procedura ristretta, perché l’urgenza (rectius: l’“estrema” urgenza) legittimante il ricorso alla lettera c) del comma 2 dell’art. 57 non abbia formato oggetto di pregresso apprezzamento.

Carattere di rincarata incomprendibilità rivela, tuttavia, il successivo periodo del decreto 20/2008, laddove si afferma che “sussistono le condizioni previste e disciplinate dall’art. 57, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ricorrendo, nella fattispecie in oggetto, le ragioni di natura tecnica invocate dalla predetta norma sub lett. b), nonché le motivazioni di urgenza dell’affidamento richieste sub lett. c) che costituiscono il presupposto degli stessi poteri conferiti con l’O.P.C.M. n. 3566/2007.

Se le ragioni di carattere tecnico richiamate dalla lett. b) del ripetuto articolo di legge formano oggetto di indimostrata affermazione (risolvendosi, per l’effetto, la relativa postulazione in una apodittica asserzione sornita di alcun supporto giustificativo), diversamente l’applicabilità della lett. c) dello stesso art. 57 viene ascritta (non già al determinarsi di una situazione di urgenza occasionata dall’insorgenza di non prevedibili evenienze; quanto, piuttosto) agli stessi presupposti del conferimento dei poteri commissariali.

Va al riguardo escluso che i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata, valutati all’interno delle coordinate normative che ne consentono l’esperimento, si atteggino in un rapporto di aprioristica (quanto automatica) corrispondenza con i presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza.

A differenza di quest’ultimo, infatti, il ricorso alla procedura senza pubblicazione del bando di cui all’art. 57 comma 2, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 trova fondamento nella presenza di circostanze eccezionali che non consentano l’indugio degli incanti e della licitazione privata, previa esposizione delle ragioni giustificative della deroga, e a condizione che l’estrema urgenza risulti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipenda invece da un ritardo di attivazione dei procedimenti ad essa imputabile (cfr. . Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2005 n. 6392; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007 n. 1781; T.A.R. Molise, 16 luglio 2008 n. 689).

Deve quindi escludersi la legittimità di una motivazione, quale quella esposta nella determinazione da ultimo citata, che identifica le motivazioni di urgenza dell’affidamento richieste dalla lett. c) dell’art. 57 con i presupposti (emergenziali) inerenti al conferimento dei poteri di cui all’O.P.C.M. n. 3566/2007.

**2.4** Sotto altro profilo, lo svolgimento stesso delle successive vicende procedimentali illustra la disinvolta configurazione del carattere di estrema urgenza che (quand’anche si ritenga positivamente configurabile quanto alla vicenda in esame) ha suggerito all’Autorità procedente di escludere l’esperibilità di una procedura ristretta, imponendo il ricorso alla procedura negoziata.

A quasi due mesi dall’adozione della richiamata determinazione 20/2008, infatti, il decreto

commissariale n. 39 del 10 giugno 2008:

- non soltanto ha dato atto che il dirigente incaricato di svolgere attività “esplorativa” preordinata ai fini dell’individuazione di soggetti qualificati per l’affidamento dell’appalto “non ha potuto svolgere, nel termine fissato al 29 aprile 2008, l’incarico conferitogli”;
- ma, ulteriormente (e pur in presenza della elaborazione definitiva del capitolato prestazionale d’appalto), ha fissato il termine ultimo per la presentazione delle offerte al 1° settembre 2008 (cioè, a distanza di oltre due mesi e mezzo dalla data di adozione del provvedimento in rassegna).

Lo svolgimento della tempistica procedimentale, per come precedentemente illustrato, consente di apprezzare:

- non soltanto l’omessa esplicitazione delle ragioni di urgenza che hanno imposto il ricorso alla procedura negoziata (non potendosi rinvenire idoneità giustificativa, come precedentemente esposto, nella mera, ancorché presupposta, presenza di un dichiarato stato emergenziale);
- ma, anche, l’assenza di alcuna effettiva dimostrazione in ordine alla necessità di esperire l’anzidetta procedura in luogo della procedura ristretta (*rectius*: della incompatibilità dello svolgimento di quest’ultima con la celerità del provvedere), atteso che, laddove il presupposto all’uopo giustificativo venga individuato nella maggiore speditezza della relativa tempistica, allora non è dato comprendere come l’arco temporale compreso fra la delibera del 15 aprile 2008 ed il termine ultimo individuato per la presentazione delle offerte si ragguagli a quattro mesi e mezzo (ed evidenzi una complessiva commisurazione *ex se* non certo incompatibile con l’esperimento della procedura ristretta).

**3.** Le considerazioni dianzi esposte univocamente impongono di dare atto della fondatezza delle censure dedotte dalla parte ricorrente con riferimento al contestato esperimento di una procedura negoziata senza pubblicazione di bando:

- sia per quanto concerne l’individuata carenza dei necessari presupposti giustificativi il ricorso a siffatta metodologia di individuazione del contraente;
- sia in ragione della manifesta inadeguatezza ed incongruità del relativo apparato motivazionale;

sotto entrambi gli indicati profili rinvenendosi univoci elementi di violazione delle indicazioni dettate al comma 2, lett. c) dell’art. 57 del D.Lgs. 163/2006.

Ciò osservato, all’accogliibilità del gravame – nei limiti dianzi indicati; e con inevitabile assorbimento dei rimanenti argomenti di censura – non costituisce ostacolo la presenza di profili di inammissibilità del proposto mezzo di tutela, per come articolati (da ultimo con memoria depositata il 21 gennaio 2009) dalla difesa dell’intimata Amministrazione comunale.

Quest’ultima, in particolare, sostiene:

- che sia mancata la necessaria completezza del contraddittorio processuale, in ragione dell’omessa evocazione in giudizio, da parte dell’odierna ricorrente, di Napolipark s.r.l. (mutuante la qualità di parte necessaria dalla circostanza che a quest’ultima, secondo quanto stabilito dal decreto commissariale n. 19/2008, farà capo la gestione degli impianti di regolamentazione del traffico urbano);
- della carenza di interesse, in capo a KAPSCH TRAFFICCOM, alla contestazione in sede giudiziale di una procedura negoziata alla quale la medesima società ha manifestato l’intendimento di essere invitata a partecipare; a tale manifestazione di volontà accedendo una (tacita, ma asseritamente concludente) accettazione della tipologia di gara scelta dall’Amministrazione.

### 3.1 La prima delle indicate eccezioni di inammissibilità non rivela pregio.

Nell'osservare come Napolipark sia una società strumentale del Comune di Napoli (della quale quest'ultimo è socio unico) per lo svolgimento in house dei servizi relativi al traffico ed alla mobilità, va rilevato come il decreto commissariale n. 9 del 26 febbraio 2008 abbia individuato nella predetta Amministrazione comunale il soggetto destinatario del sistema integrato ITS; in proposito rivelando univoca conclusione la disposizione, in tale atto contenuta, per cui l'obiettivo perseguito risulta essere rappresentato dalla "sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli" del sistema di che trattasi.

Non può, conseguentemente, essere disconosciuto che unicamente nell'Amministrazione anzidetta – notificataria del gravame; e, quindi, regolarmente evocata in giudizio – vada ascritta una posizione legittimante ad opponendum; non rivelando omogeneo fondamento giustificativo il successivo affidamento gestionale del servizio a società che, in quanto legata al Comune da vincolo di strumentalità, si atteggia, ai fini in discorso, quale articolazione organizzativa di quest'ultimo (destinataria, conseguentemente, di un interesse oppositivo meramente derivato).

3.2 Né si dimostra fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, che viene dalla difesa comunale ricongiunta all'intento dalla ricorrente manifestato di accettare il ricorso ad una procedura negoziata.

Tale intento, in particolare, sarebbe comprovato dalla richiesta da quest'ultima inviata all'organo commissariale (e pervenuta il 12 agosto 2008) di essere invitata a partecipare alla procedura di progettazione e fornitura del sistema integrato di monitoraggio, gestione e controllo del traffico della Città di Napoli.

La giurisprudenza (citata anche dalla resistente) ha in proposito sostenuto che sono inammissibili, per difetto di interesse, le censure proposte con il ricorso giurisdizionale dal soggetto che ha partecipato ad una gara a trattativa privata, qualora siano dirette a contestare l'utilizzo di tale strumento di scelta del contraente per difetto delle necessarie condizioni legittimanti, in considerazione del fatto che, con la domanda di partecipazione alla gara, il partecipante medesimo ha evidenziato chiaramente e univocamente la volontà di accettare la tipologia di gara scelta dall'Amministrazione procedente (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 11 giugno 2008 n. 1351; T.A.R. Sardegna, sez. I, 23 dicembre 2005 n. 2445; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 5 gennaio 2005 n. 4).

L'apparente assolutezza dei menzionati arretrati giurisprudenziali merita una precisazione.

Ritiene infatti il Collegio che soltanto alla partecipazione – senza riserve – ad una procedura negoziata possa accedere l'inammissibilità, per intervenuta acquiescenza, delle censure fondate sull'assenza delle condizioni legittimanti l'impiego di tale metodo di contrattazione; e sempre purché l'interesse azionato non sia correlato all'aggiudicazione in sé (il che avrebbe giustificato l'impugnazione congiunta del bando di gara e degli atti conclusivi della selezione), ma alla scelta iniziale di assegnare mediante tale tipologia di selezione il contratto in considerazione (cfr., in termini, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 19 gennaio 2006 n. 145; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 22 giugno 2004 n. 360).

Nella fattispecie all'esame, al contrario, la ricorrente non ha partecipato alla procedura negoziata indetta dall'organismo commissariale; né alla mera richiesta di essere invitata può fondatamente ricongiungersi, con carattere di univoca conclusione, una valenza abdicativa (veicolata da una condotta asseritamente acquiescente) ai fini della contestazione in sede giurisdizionale dei relativi presupposti giustificativi.

D'altro canto, l'indimostrata conoscenza, da parte di KAPSCH TRAFFICOM, delle ragioni

che avevano indotto l'Amministrazione a ricorrere alla suddetta procedura di selezione (conoscenza che non può certo essere argomentata dalla mera presentazione di una richiesta di invito a partecipare) esclude che in capo ad essa possa essersi radicata una univoca volontà acquiescente, la cui configurabilità potrebbe essere comprovata solo in presenza di una incontestata partecipazione all'intera procedura di selezione (nella fattispecie, non intervenuta).

**4.** Conclusivamente ribadite le svolte considerazioni, accede alla fondatezza della censura sopra esaminata l'accogliibilità del gravame, con assorbimento dei rimanenti profili di censura; conseguentemente imponendosi l'annullamento delle gravate determinazioni.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati.