

# La Segnalazione Congiunta

Sugli affidamenti del trasporto ferroviario regionale  
Di AGCM, Art e ANAC del 25 ottobre 2017

Roma 23 gennaio 2018

# La Segnalazione mette in crisi una prassi

- La Segnalazione congiunta delle tre Autorità pone un tema molto rilevante sia dal punto di vista giuridico, sia da quello economico e sociale e segna una direzione che è interesse comune perseguire.
- Sostenere questo indirizzo è un impegno che ci siamo assunti da tempo e che l'associazione Sipotra persegue fin dall'inizio.
- Impegno che incontra, è inutile negarlo, qualche complicazione, ma sempre meno, nel tempo.

# L'affidamento diretto nel Regolamento 1370

- La logica dell'affidamento diretto a una terza parte è e resta quella di mantenere le possibilità di affidamento diretto ma di riequilibrarle con una serie di cautele: pubblicità, motivazione, requisiti quantitativi e qualitativi, durata, valutazione periodica, sanzioni.
- Cautele che non pervengono mai a configurare una procedura di gara (v. AGCM, AS 1321 del 5 dicembre 2016 al Presidente Regione Lazio su ATAC: obbligo di motivazione «spinto»)
- In tal senso la stessa Comunicazione interpretativa 2014/092, par. 2.3.1, che considera l'affidamento diretto un'eccezione alla regola generale delle procedure competitive.

# L'affidamento diretto nell'ordinamento interno italiano

- Il nostro ordinamento non conosce (o quasi) l'affidamento diretto, che deriva dal Regolamento comunitario 1370, e in certa misura resta anche nel suo correttivo (2338). L'affidamento diretto è cedevole rispetto alla disciplina interna: «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale»
- Il nostro ordinamento è libero di restringere ulteriormente la possibilità di far ricorso all'affidamento diretto nei servizi ferroviari, fino ad escluderlo. Ma non se ne è fin qui occupato.
- Vedremo più avanti che questo interrogativo (è l'affidamento diretto nell'ordinamento interno ristretto o limitato?) finisce con non essere necessario. Non occorre restringere l'utilizzazione dell'affidamento diretto, soltanto renderlo, diciamo così, più consapevole.

# L'affidamento in house nell'ordinamento interno

- L'ordinamento interno italiano ha fatto molti passi verso il metodo della concorrenza nel caso degli affidamenti ad operatori interni (c.d. in house), fino a rendere obbligatorio un confronto comparativo tra più offerte, se ci sono, mettendo in gioco anche la propria impresa (non tanto per effetto del noto art. 34, quanto per l'art. 192 del Codice e per il Testo Unico delle società pubbliche).
- Si può sostenere che l'in house ne esce stravolto. Ma il regolamento 1370, che ammette la gestione pubblica in proprio, è cedevole anche in questa parte, lascia il passo alla normativa interna più concorrenziale, fino all'esclusione della possibilità di gestione con operatore interno.

# L'affidamento diretto nell'ordinamento interno

- Questa trasformazione dell'istituto dell'in house non si ritrova nell'affidamento diretto. Che è istituto giuridico ben diverso dall'in house (anche se spesso si usa il termine «diretto» per entrambi).
- L'affidamento diretto è quasi sconosciuto nel nostro sistema, tranne che negli appalti di minore entità (art. 36 del Codice dei contratti pubblici), dove la previsione di «motivazione adeguata» è stata eliminata nell'ultima revisione del codice, proprio per la difficoltà di motivare adeguatamente un affidamento diretto in assenza di un obbligo di confronto competitivo che d'altra parte non si voleva introdurre.
- Non è avvenuta qui quell'evoluzione che abbiamo constatato invece nell'istituto dell'in house, mancando la normativa stessa da far evolvere..

# Considerare separatamente l'affidamento diretto dall'in house

- Se in house e affidamento diretto avessero norme in comune, basterebbe dire che non è ammesso nell'ordinamento italiano un affidamento diretto «non competitivo».
- L'in house è diventato una procedura competitiva.
- L'affidamento diretto no, o non ancora.
- Per questo è importante in questa sede distinguere le due figure.

# Il contributo dei principi generali (art. 4 del Codice dei contratti)

- Fondarsi sull'applicazione dei principi generali rischia di essere contestabile. Maneggiare i principi non è sempre agevole. I principi non sono norme specifiche, operano laddove le norme specifiche non dispongono, riempiono i vuoti (che per questo sono vuoti apparenti), servono a risolvere le incertezze interpretative, non a contrastare le deroghe.
- Se l'affidamento diretto è una deroga alla regola della gara – come pare da quanto detto sopra – non è con il ricorso ai principi che si può superarlo.



# La possibile ricostruzione della disciplina

- Occorre quindi vedere se può ricostruirsi la disciplina interna, certo alla luce dei principi, in modo da modificare o integrare l'istituto dell'affidamento diretto ferroviario, rispetto a come appare – a mio modo di vedere – nel Regolamento europeo.
- E' questa l'operazione compiuta dalla Segnalazione congiunta. Che si fonda – mi sembra – soprattutto su di una «contraddizione interna» della disciplina dell'affidamento diretto: l'avviso di preinformazione da diramarsi almeno un anno prima, anche nel caso si sia scelta come procedura l'affidamento diretto.

# L'art. 7, par. 2, del Regolamento 1370

- Secondo l'articolo citato, almeno un anno prima di procedere all'affidamento del servizio, indipendentemente dalla procedura di aggiudicazione scelta, l'autorità competente deve pubblicare un avviso di preinformazione nella G.U. dell'Unione, con il nome e l'indirizzo dell'Autorità che procede, il tipo di aggiudicazione previsto, i servizi e i territori potenzialmente interessati. Segue, dopo 1 anno dall'aggiudicazione, una ulteriore serie di informazioni. Ma è la prima informazione considerata decisiva, perché è quella che consentirebbe ad aziende interessate di «presentarsi». E per questo sarebbe stata prevista.

# Deduzioni dall'avviso di preinformazione

- E' difficile dire che da questa circostanza si possa senz'altro desumere che anche l'affidamento diretto dei servizi ferroviari debba avvenire con una procedura competitiva. La stessa Comunicazione interpretativa della Commissione del 2014, al par. 2.3.5. ribadisce che nonostante le «cautele» da cui l'istituto è circondato, si tratta pur sempre di una «eccezione alla regola generale di una procedura di aggiudicazione competitiva». E ne ricava i dubbi sulla possibilità di estensione dell'affidamento diretto ai servizi sostitutivi o complementari via bus.

# Da affidamento diretto a procedura competitiva?

- Dunque né la pubblicità preventiva né quella successiva hanno la forza di trasformare l'affidamento diretto in una procedura competitiva di aggiudicazione. Né la possibilità di richiedere ed ottenere la motivazione dell'aggiudicazione diretta (art. 7, par. 4) può produrre questo effetto.

# Le conclusioni della Segnalazione congiunta

- Le conclusioni, quanto meno le conclusioni «operative» sulla procedura da seguire, non ci sono, se abbiamo bene inteso.
- E opportunamente non vi sono: le tre Autorità hanno aperto provvidenzialmente uno squarcio su di una situazione (la libertà di affidamento diretto) che era considerata stabile ed indiscutibile.
- E bene hanno fatto a non indicare un'unica soluzione: hanno piuttosto citato procedure seguite da alcuni soggetti, dando le proprie valutazioni, opportunamente attendendo le reazioni a questa nuova, fondamentale indicazione.

# Gli elementi di complessità nella normativa europea

- Tentiamo di fare qualche passo in avanti rispetto al punto in cui è arrivata la Segnalazione.
- Gli elementi di complessità sono almeno i seguenti:
  - - la motivazione che deve assistere – per regola generale - la decisione di far ricorso all'affidamento diretto, che presuppone la conoscenza e la valutazione degli operatori potenzialmente il campo (il regolamento 2338 si può dire che dia ora degli esempi di possibile motivazione);
  - - l'avviso di preinformazione anche nel caso di affidamento diretto, che, richiamando nel palcoscenico altri possibili concorrenti, sembra richiedere il passaggio ad una procedura competitiva.

# Come è possibile continuare il percorso?

- D'altro canto non pare possibile negare all'affidamento diretto il suo carattere di «deroga» alla regola della gara. Come procedere?
- Possiamo considerare come sicuro punto di partenza che l'avviso di preinformazione emesso in un caso di affidamento diretto, con il contraente già individuato, serva anche a consentire ad altri operatori di proporsi.
- A quel punto L'Autorità procedente ha due strade, non una soltanto:
  - - può motivare il mantenimento del percorso dell'affidamento diretto; la natura e la qualità dei soggetti che si sono affacciati al procedimento non giustifica lo svolgimento di una gara;
  - - può decidere di cambiare procedura, di fronte a manifestazioni di interesse diciamo così, «promettenti» ovvero che potrebbero essere più vantaggiose di quella già acquisita (l'incumbent o altra).

# Il passaggio da affidamento diretto a aggiudicazione competitiva

- Un tale passaggio, non soltanto deve essere considerato lecito (sempre che sia adeguatamente motivato), ma è anche la sola via che rende coerente il sistema. In altri termini, occorre uscire dall'affidamento diretto, che il legislatore europeo ha previsto e non può quindi essere trasformato in altra procedura come fosse in sé illegittimo ovvero inammissibile. Vi saranno pur sempre casi, magari pochi, in cui può essere non solo legittimo ma anche opportuno.
- Uscire dall'affidamento diretto richiede un nuovo inizio, un documento di gara che nell'affidamento diretto non c'è. E qui possono rientrare in campo gli artt. 62 e 64 del Codice dei contratti.



# I contenuti di un avviso di gara

- L'avviso di preinformazione ha i seguenti contenuti: a) nome e indirizzo dell'autorità competente; b) tipo di aggiudicazione previsto; c) servizi e territori potenzialmente interessati all'aggiudicazione (art. 7, par. 2). Contenuti più dettagliati sono prescritti per le informazioni da pubblicare entro un anno dall'avvenuta aggiudicazione (ibidem, par, 3).
- Un avviso di gara ha necessariamente un contenuto più complesso ed esteso (per averne un'idea si può consultare l'all. XIV al d.lgs. n. 50/2016)

# Nuovi interrogativi

- E' a questo punto necessario rispondere alla domanda, se questo percorso, che è un nuovo percorso, possa essere perseguito con le linee guida delle Autorità, applicando i principi del diritto amministrativo, compresa la possibilità della pubblica amministrazione di ritornare sui propri passi e cambiare percorso (qualche cosa che somiglia all'autotutela), oppure richieda interventi legislativi.
- Mi sentirei di rispondere – con le dovute cautele - che un simile procedimento si può costruire senza interventi legislativi. Si tratta di una strada che è appena stata aperta e ha bisogno di riflessione: ad esempio, alla procedura competitiva può presentarsi soltanto chi ha inizialmente reagito all'avviso di preinformazione, o anche altri operatori? Una volta compreso che si sta aprendo una procedura competitiva?
- C'è da fare ancora un po' di strada, ma si è aperto un percorso che sempre più difficilmente consentirà che si operino affidamenti diretti. Checché ne dica il Regolamento 1370.