

**Decreto Genova:
troppe “falle” per essere vero¹**

di Massimo Gentile

1. Sulla GU del 28 settembre u.s. n. 226 è stato pubblicato il decreto legge 28 settembre 2018, n. 109, recante “*Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*”, meglio noto come “Decreto Genova”.

Come già osservato dalla prima attenta dottrina, sono diverse le previsioni che destano perplessità sotto il profilo della rispondenza al quadro normativo di riferimento.

Tra queste, quella che riveste maggiore rilevanza, anche in virtù dei potenziali effetti che potrebbe determinare, è sicuramente l’articolo 1, comma 7, disciplinante la procedura di affidamento delle attività di ripristino del sistema viario.

Detta previsione stabilisce che “*Il Commissario straordinario affida, ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle propedeutiche e connesse, ad uno o più operatori economici che non abbiano alcuna partecipazione, diretta o indiretta, in società concessionarie di strade a pedaggio, ovvero siano da queste ultime controllate o, comunque, ad esse collegate, anche al fine di evitare un indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali. L'aggiudicatario costituisce, ai fini della realizzazione delle predette attività, una struttura giuridica con patrimonio e contabilità separat*”.

I profili che non convincono sono più di uno.

Innanzitutto, il richiamo all’articolo 32 della direttiva europea - evidentemente finalizzato a legittimare l’utilizzo della procedura negoziata per l’affidamento delle attività di ripristino del sistema viario, incluse quelle ad esse

¹ In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it

propedeutiche e connesse – presuppone la ricorrenza dei presupposti ivi richiamati.

Tuttavia, non può essere sottaciuto che nessuna delle ipotesi previste all'articolo 32, sembra confacente al caso di specie.

Più nel dettaglio, l'unica ipotesi potenzialmente invocabile è quella di cui al comma 2, lettera c), dell'articolo 32, secondo la quale la procedura negoziata è utilizzabile *“nella misura strettamente necessaria quando, per **ragioni di estrema urgenza** derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, **i termini** per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione **non possono essere rispettati**. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”*.

Ora, ad avviso di chi scrive, ancorché appaia innegabile che gli interventi di “ripristino del sistema viario” siano connotati dall'urgenza dettata dalla necessità di consentire alla città di Genova di tornare al più presto ad una situazione di “normalità”, è altrettanto innegabile che detto ripristino contempla interventi che, sotto il profilo eminentemente tecnico, non potranno avere tempi di realizzazione particolarmente brevi.

In siffatto contesto, ci si chiede se effettivamente sussista quella impossibilità a rispettare i termini di legge – magari accelerati – previsti per l'espletamento di una procedura di gara ordinaria.

In buona sostanza, la questione che si pone è comprendere se i termini occorrenti per lo svolgimento della procedura di gara siano davvero “incompatibili” con la situazione di emergenza delineatasi, tenuto conto che, in ogni caso, la stessa non è suscettibile di risolversi in tempi ristretti, anche una volta individuato il soggetto affidatario.

Il tutto tenendo in debita considerazione il noto principio giurisprudenziale secondo cui il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta *“un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità”*, con la conseguenza che *“i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva”* (in tal senso, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413).

2. Un altro profilo di perplessità è correlato alla scelta del legislatore di richiamare l'articolo 32 della direttiva in luogo dell'articolo 63 del D.lgs. n. 50/2016.

Mettendo a raffronto i due articoli, al di là di differenze lessicali, ciò che emerge è che, contrariamente all'articolo 32, l'articolo 63 dispone al comma 6 che *“Le amministrazioni aggiudicatrici (...) **selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei**” e **“sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose,** ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”.*

Tale previsione, ad avviso di chi scrive, non può essere ignorata e, pertanto, - anche volendo prescindere dalle già segnalate perplessità sulla ricorrenza dei presupposti per la procedura negoziata - appare comunque arduo per il Commissario bypassare la menzionata disposizione codicistica e procedere con un affidamento “diretto” senza un minimo di confronto concorrenziale.

3. Un'ultima riflessione.

La disposizione esclude la possibilità di affidamento ad operatori economici che abbiano *“partecipazione, diretta o indiretta, in società concessionarie di strade a pedaggio, ovvero siano da queste ultime controllate o, comunque, ad esse collegate”.*

Anche questa previsione suscita perplessità, apparendo contraria ai basilari principi che regolano l'attività della pubblica amministrazione.

Si osserva, infatti, che l'esclusione dal novero dei possibili soggetti affidatari delle attività di ripristino del sistema viario di Genova, di imprese partecipate da società concessionarie autostradali - che nulla hanno a che vedere con l'attuale gestione del tratto autostradale di che trattasi - o ad esse collegate, anche “indirettamente”, non trova alcuna giustificazione giuridicamente plausibile ed appare, come tale, discriminatoria.

Né a superare tale palese contraddizione, sembra assumere utilità alcuna l'inciso finale contenuto al comma 7 della disposizione in esame, secondo il

quale tale esclusione è stata disposta “***anche*** al fine di evitare un indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali”.

Non si comprende, infatti, quale sia il vantaggio cui fa riferimento la norma, né quali siano gli altri motivi che determinano la necessità di operare tale estromissione (“***anche*** al fine di evitare...”).

Alla luce di quanto sopra, è opinione dello scrivente che il decreto rischia di creare i presupposti per una pletora di contenziosi sugli affidamenti che il nominando Commissario sarà chiamato ad eseguire.

Contenziosi ai quali potrebbe, peraltro, aggiungersi quello della stessa società attualmente concessionaria della tratta autostradale in questione. Va, infatti, rimarcato che tale ultima società, ai sensi del comma 6 dell’articolo 1 del decreto in commento, è chiamata a versare le somme necessarie al ripristino “in quanto responsabile del mantenimento in assoluta sicurezza e funzionalità dell’infrastruttura concessa ***ovvero*** in quanto responsabile dell’evento”.

Anche in questo caso, pur non volendo entrare nel merito della questione concernente la gestione del rapporto concessorio dell’attraversamento di Genova – che peraltro nel decreto non è trattata - è difficile non chiedersi in base a quale principio giuridico una previsione di legge possa chiamare un soggetto privato a versare delle somme allo Stato, in base ad un’alternativa motivazione (“ovvero”).

E’ proprio il caso di dire che *mala tempora currunt* per la splendida città di Genova.