



DELIBERA N. 391

27 aprile 2021

Fasc. Anac UVCS n. 1881/2019

Oggetto: Procedura di dismissione dell'intero pacchetto azionario della società ..omissis...

Riferimenti normativi

Decreto legislativo n. 96/2005; artt. 704 e segg. del Codice della Navigazione; dell'art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016; art. 60 del D. Lgs n. 50 del 2016

Parole chiave

La titolarità della "concessione aeroportuale" resta alla società e non vi è alcun subentro del socio operativo nella titolarità della stessa. La società come previsto nel codice civile è autonomo soggetto giuridico, dotato di propria personalità a cui riferire diritti ed obblighi originati dall'esercizio della attività societaria, inclusi i provvedimenti di concessione alla stessa attribuiti.

Visto

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la Delibera n. 494 del 10.06.2020;

Vista l'istanza di revisione della delibera presentata da ENAC;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 27 aprile 2021

Delibera

Rilevato in fatto

Con nota assunta al prot. n. 15370 del 25.02.2019, si sottoponeva all'attenzione dell'Autorità la procedura di gara bandita dalla Provincia..omissis.. per la dismissione dell'intero pacchetto azionario detenuto dalla stessa provincia nella società ..omissis.. Secondo l'esponente, la procedura messa in atto, oltre a presentare profili di irregolarità,

avrebbe avuto come esito un surrettizio affidamento diretto della concessione per la gestione totale dell'aeroporto di ..omissis.. nei confronti del nuovo investitore.

Ritenendo la questione di particolare rilevanza e ritenendo di dover acquisire ulteriori e più puntuali informazioni sulle presunte irregolarità denunciate relativamente alla gara, con nota prot. n. 33028 del 23.04.2019, l'Autorità decideva di avviare il procedimento nei confronti della stazione appaltante.

Al momento in cui è stato presentato l'esposto, la società ..omissis.. era detenuta al 100% dalla Provincia ..omissis.. ed era titolare di una concessione a titolo precario per anticipata occupazione ex art. 17 della Legge n. 135 del 23 maggio 1997, in virtù del provvedimento della Direzione Generale per l'Aviazione civile del Ministero dei Trasporti del 25 marzo 1999 ai fini della gestione dell'aeroporto di ..omissis..

Con delibera n. 1127 del 13.11.2018, in esecuzione della Legge provinciale n. 17 del 2016 con la quale si autorizzava la cessione dell'intera partecipazione azionaria detenuta dalla Provincia, la Giunta avviava una *"Procedura competitiva ad evidenza pubblica indetta ai sensi dell'art. 10, co. 2 del D.Lgs.n. 175/2016 e ss.mm.ii. e dell'art. 2, co. 2 e 3 del DM 521/1997, da svolgersi tramite procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii."* per la dismissione della società ..omissis.. Nel bando di gara era specificato che la procedura competitiva, con un importo a base d'asta di euro 3.800.000,00, era indetta ai sensi dell'art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016 e dell'art. 2 del D.M. 521 del 1997, secondo la procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs n. 50 del 2016 nonché sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con prot. n. 15370 del 25.02.2019 perveniva presso l'Autorità un esposto, con il quale si evidenziavano alcune presunte anomalie, relativamente all'operazione di dismissione, riassumibili nei seguenti punti:

- **illegittimità della previsione negli atti di gara del rilascio della concessione per la gestione totale dell'aeroporto.** Secondo il segnalante, sarebbe stata illegittima la previsione del subentro del nuovo acquirente nella concessione di gestione totale dell'aeroporto. Nel bando era infatti previsto che *"Attualmente la Società è in attesa del rilascio della suddetta concessione totale. Non appena rilasciata la concessione, l'eventuale concessionario subentrante avrà sei mesi per firmare la suddetta convenzione di gestione totale con la quale, peraltro, si impegna a realizzare il piano di sviluppo aeroportuale approvato nel 2012 ed alla base dell'istanza per l'affidamento della concessione ventennale presentata dalla Società nel 2011"*. Per cui, secondo il segnalante, il privato acquirente delle quote della società concessionaria di un pubblico servizio si sarebbe trovato in una posizione di privilegio, andando a conseguire un affidamento sostanzialmente diretto del servizio senza che la concessione fosse posta ad oggetto della gara. L'esponente, infatti, metteva in evidenza che, in virtù dell'istanza presentata ai sensi dell'art. 7 del D.M. 521/1997 dalla società ..omissis.. *"il privato (o i privati) subentranti nel capitale sociale di ..omissis.. si gioverebbero in tal modo di una norma eccezionale quale l'art. 3 co. 2 del d.lgs. 96/2005, il quale prevede che le disposizioni di cui all'art. 704 primo e secondo comma cod. nav. (e quindi l'obbligo di affidamento delle concessioni di gestione totale degli aeroporti mediante procedura di gara ad evidenza pubblica), come modificate dal decreto, non si applicano ai procedimenti di rilascio della concessione su istanza antecedente alla data in vigore del d.lgs. 96/2005"*;
- **illegittimità del criterio di aggiudicazione.** Il criterio scelto per la valutazione delle offerte sarebbe stato illogico. Secondo l'esponente, la Provincia avrebbe dovuto utilizzare il criterio del massimo rialzo per permettere una piena valorizzazione economica della partecipazione azionaria, conformemente a quanto disposto dall'art. 10 del D.Lgs. n. 175/2016, piuttosto che utilizzare un criterio (quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) che andasse ad individuare l'offerta qualitativamente migliore e desse rilevanza ad elementi spiccatamente tecnici (come, ad esempio, il miglioramento del Piano di sviluppo aeroportuale attraverso l'incremento dei ricavi non regolamentati, miglioramento dei costi operativi per passeggero, incremento dei passeggeri dei voli internazionali, miglioramento



del valore degli interventi, completezza e accuratezza della relazione tecnica, concretezza e fattibilità delle proposte di miglioramento del piano di sviluppo aeroportuale regolamentati). Dunque, la Provincia di ..omissis.. avrebbe operato, erroneamente, una valutazione sui requisiti del concessionario di norma rientrante nella competenza del MIT, in qualità di amministrazione concedente;

- **non congruità del prezzo di vendita.** Il valore indicato nella base d'asta di euro 3.800.000,00 non sarebbe stato rappresentativo del reale valore del pacchetto azionario posseduto dalla Provincia in quanto mancante del valore (di oltre 34 milioni di euro) dei beni gratuitamente devolvibili riferiti alle aree aeroportuali. Secondo l'esponente, infatti, *"l'azzeramento totale del valore dei beni gratuitamente devolvibili effettuato nella stima pare tuttavia totalmente incompatibile con la previsione, nei documenti di gara, dell'imminente rilascio della concessione totale ventennale, fondata sulla deliberazione n. 20/2013 del CdA ENAC. In tal caso, infatti, la "devoluzione gratuita" dei beni a favore del demanio si ha notoriamente solo all'esito della concessione (tra vent'anni!). La svalutazione per quote annuali dei beni gratuitamente devolvibili nell'ambito del rapporto concessorio è, ad esempio, chiaramente esposta nell'ambito del Piano Economico Finanziario allegato all'istanza per l'affidamento della gestione totale dell'aeroporto";*¹
- **illegittimità della gara dal punto di vista soggettivo e oggettivo.** La gara sarebbe stata svolta in assenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi. Dal punto di vista soggettivo, la Provincia non avrebbe avuto il potere di disporre dell'aeroporto di ..omissis.. (essendo quest'ultimo un bene appartenente al demanio statale) e sarebbe mancato l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico finanziaria in capo all'offerente in quanto *"il disciplinare si limita a chiedere l'iscrizione alla Camera di Commercio (senza alcuna previsione in ordine alla pregressa esperienza o abilitazione alla gestione degli aeroporti) e la presentazione di due idonee referenze bancarie"*. Dal punto di vista oggettivo, invece, la gara avrebbe dovuto essere a doppio oggetto (per la scelta del socio e del servizio) con determinazione della relativa base d'asta anche in base al valore del servizio e della relativa durata e del relativo canone di concessione.

Con nota prot. n. 33028 del 23.04.2019, l'Autorità comunicava l'avvio del procedimento nei confronti della Provincia ..omissis., chiedendo di fornire ogni elemento utile per la valutazione dei profili contestati. Con nota assunta al prot. n. 37551 del 13.05.2019, la Provincia riferiva che la documentazione di gara era stata trasmessa agli organi competenti per l'approvazione, così come prevedeva il decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521, e che, all'esito dell'esame della documentazione, il Ministero dell'Economia e delle finanze rilevava la conformità della stessa alle disposizioni applicabili e comunicava di non avere osservazioni da formulare sulla procedura in questione.

¹ Secondo quanto riportato nella segnalazione *"Nella stima del valore della partecipazione la mancata citazione della deliberazione n. 20/2013 del CdA dell'ENAC si accompagna alla rettifica del valore dei beni a devoluzione gratuita di cui alle immobilizzazioni materiali presenti nel bilancio 2017. In particolare, a pag. 14 della stima) si osserva quanto segue: "Si evidenzia che le immobilizzazioni materiali in corso sono **pari a zero** in quanto integralmente costituite da beni gratuitamente devolvibili". Il valore delle immobilizzazioni materiali risultante dal bilancio 2017, pari ad € 34.938.000, viene così abbattuto per € 32.340.000 (pari al valore dei beni qualificati come "gratuitamente devolvibili"), fino ad arrivare ad un valore denominato "post devoluzione" pari a soli € 2.598.000 (cfr. ancora pag. 14 della stima). Tale valore, sommato alle ulteriori voci del patrimonio netto e ridotto per il "sottoreddito" atteso nel lasso di tempo di un anno porta ad un valore economico del capitale di ..omissis.. (e quindi della partecipazione della Provincia, che è totalitaria) pari a soli € 3.800.000,00, addirittura inferiore alle disponibilità liquide della società, pari – al 31.12.2017 – a € 4.811.614,00 (dato tratto dal bilancio per il 2017, riportato anche nella stima)".*

A chiusura del procedimento di vigilanza, l'Autorità con Delibera n. 494 del 10.06.2020 riconosceva la non conformità al panorama normativo vigente della procedura in esame in quanto, sostanzialmente, per effetto del trasferimento della società si andava a realizzare non solo il passaggio dell'acquirente nella proprietà ma anche l'ingresso dello stesso nella gestione della concessione totale dell'aeroporto. Di seguito, si individuano in sintesi i principali passaggi argomentativi della delibera:

- *si determina di fatto una modifica del profilo soggettivo del titolare della concessione già gestita da ..omissis.. in mano pubblica;*

- *gli atti della procedura di gara avrebbero dovuto prevedere anche aspetti relativi alla gestione dell'aeroporto da parte dell'aggiudicatario, qualificabile come socio operativo che partecipa alla gestione dell'aeroporto. Detti documenti, invece, sembrano essenzialmente diretti all'individuazione di un operatore economico acquirente del pacchetto azionario e non tengono conto del correlato affidamento della gestione aeroportuale, con particolare riferimento all'oggetto e all'importo dell'affidamento (che non contempla tali aspetti ma solo la vendita del pacchetto azionario) ed ai correlati aspetti del criterio di aggiudicazione, dei requisiti di partecipazione dei concorrenti alla gara e dell'importo delle garanzie dovute. In relazione a tali profili, i documenti di gara non sembrano dunque coerenti con la disciplina di settore;*

- *il soggetto giuridico che ha presentato istanza nel 1999 per la concessione totale (..omissis.. in mano pubblica) è diverso dall'aggiudicatario della gara (il privato aggiudicatario/acquirente), circostanza questa che determina l'inapplicabilità del regime derogatorio del d.lgs. 96/2005 (l'art. 3, comma 2, di tale decreto ha previsto l'inapplicabilità dell'obbligo di esperire una procedura di gara ai sensi dell'art. 704 cod. nav.) configurando un "nuovo" affidamento della gestione aeroportuale a un diverso gestore.*

Successivamente alla pubblicazione della Delibera e alla trasmissione della stessa alle parti, l'Enac, già interpellata in sede istruttoria, presentava una argomentata istanza di riesame proponendo la revisione dei contenuti della delibera.

Considerato in diritto

Con riguardo alla vicenda esaminata nella Delibera Anac n. 494 del 10.06.2020, Enac ha presentato all'Anac istanza di riesame dei contenuti della stessa.

Sulla base di un'approfondita ricostruzione normativa, le considerazioni elaborate dall'Enac possono essere distinte in due momenti: uno relativo alla titolarità della concessione e l'altro relativo alla gara bandita per la vendita della società. In relazione al primo aspetto, l'Ente distingue le vicende che interessano la società in quanto soggetto giuridico diverso dalla propria compagine societaria e quelle che interessano la società relative al mutamento della proprietà. Secondo l'Enac, l'ingresso del socio operativo nel capitale della società aeroportuale determina una modifica soggettiva della proprietà azionaria senza mutare per ciò solo l'identità soggettiva della società e pertanto ..omissis.. nonostante la trasformazione da società pubblica in privata, mantiene la propria identità soggettiva, non diventando un nuovo gestore aeroportuale e continuando ad avere la titolarità della concessione aeroportuale.

La società va quindi considerata come previsto nel codice civile quale autonomo soggetto giuridico, dotato di propria personalità a cui riferire diritti ed obblighi inclusi quelli relativi alla concessione alla stessa attribuiti. Sulla base di tale ragionamento, l'acquirente non subentra affatto nella titolarità della concessione che resta alla ..omissis.. e la convenzione di gestione totale, ove si giunga alla sua sottoscrizione, vedrà come parti contraenti l'ENAC e la società ..omissis.. Il decreto interministeriale di affidamento della concessione di gestione totale, ove rilasciato, avrà come destinatario della concessione la ..omissis.. Quindi, riassumendo, per Enac:

- l'ingresso del socio operativo nel capitale della società aeroportuale determina una modifica soggettiva della proprietà azionaria della S.p.A ed una redistribuzione dei poteri di controllo e dei poteri di gestione della stessa senza, tuttavia, condurre la società ad un mutamento della propria identità soggettiva diventando un nuovo gestore aeroportuale con modifica nella titolarità della concessione. La ..omissis.. nonostante la trasformazione da società



pubblica in privata mantiene la propria identità soggettiva, non diventa un nuovo gestore aeroportuale e continua ad avere la titolarità della concessione aeroportuale;

- la titolarità della "concessione aeroportuale" resta alla società e non vi è alcun subentro del socio operativo nella titolarità della stessa;

- la presenza negli atti di gara di espressioni con cui si prevede il "*subentro del nuovo acquirente nella concessione di gestione totale dell'aeroporto*" o "*la sottoscrizione del concessionario subentrante della Convenzione di gestione*" o "*l'obbligo dell'acquirente di adempiere a tutte le richieste di ENAC e ad implementare il Piano di Sviluppo Aeroportuale con effettuazione degli investimenti necessari*" sono espressioni con le quali la Provincia ..omissis.. ha voluto esplicitare all'acquirente del pacchetto societario che con l'acquisto delle azioni avrebbe assunto in società il ruolo di socio operativo/industriale e non meramente finanziario.

Per quanto attiene alla diversa questione sulla regolarità della gara per la scelta del socio privato, diversamente da quanto ritenuto da ANAC nella propria delibera, per Enac sono stati rispettati i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, imparzialità attraverso una selezione, concorrenziale comparativa, dei partecipanti alla gara con riferimento ad elementi e ad una componente non solo economica ma anche tecnica/ operativa-gestionale. La procedura, pertanto, metterebbe in luce anche aspetti legati all'attività gestoria derivante dal subentro nella società di gestione aeroportuale. Su tale punto, l'Ente specifica che "*la lex specialis di gara non si è limitata a rappresentare, quale risultato della procedura selettiva, solo l'acquisto di azioni, bensì - attraverso il rinvio alle altre fonti di regolazione e alla pianificazione aeroportuale attualmente in essere - ha introdotto degli elementi sufficientemente adeguati per rappresentare che la partecipazione alla procedura competitiva avrebbe condotto ad acquisire la proprietà di azioni che immettono in una società che ha il compito di gestire una infrastruttura aeroportuale ed i connessi servizi assicurando l'operatività in sicurezza dello scalo, prevedendo, contestualmente, valutazioni sulla componente economica ed anche tecnica/ gestionale operativa, quest'ultima con l'assegnazione di un peso valutativo maggiore rispetto a quella economica. Non si ravvisa, perciò, nessun affidamento surrettizio, diretto e senza scrutinio della componente gestionale operativa, al socio industriale/operativo entrante*".

La chiara ricostruzione operata dall'Enac e la prospettazione della questione nei termini sopra chiariti induce a riconsiderare i rilievi contenuti nella delibera 494 con riferimento alla novazione soggettiva contestata dall'Anac nonché a riconsiderare le ulteriori osservazioni che erano state avanzate riguardo alla procedura di gara adottata, nell'ottica di un' adeguata ponderazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento in questione.

Pertanto si ritiene possa accogliersi la tesi della distinzione soggettiva tra la società titolare della concessione (..omissis..) e il privato acquirente (..omissis..) tale per cui, a seguito dell'acquisto del pacchetto azionario di ..omissis.., la titolarità della "concessione aeroportuale" resta in capo alla società e non vi è subentro del socio operativo nella stessa.

Pur valutando che non si realizza, per effetto dell'acquisto, un affidamento diretto della concessione in quanto la titolarità resta in capo alla società come soggetto giuridico distinto dal privato acquirente, non si può non osservare che rimangono confermate le criticità già in precedenza esaminate relativamente al trasferimento della gestione e alla giusta valorizzazione degli aspetti ad essa connessi.

La procedura di gara, così come predisposta, denota una volontà delle stazione appaltante non chiara, se non addirittura contraddittoria, in merito al suo oggetto.

Per un verso, infatti, sembra che la S.A. valorizzi solo il trasferimento della proprietà, e non anche del servizio. Ciò si può dedurre: - dall'indicazione sul valore della base d'asta di 3.800.000,00 (tremilioniottocentomila/00), che viene descritto, nei documenti di gara, come valore riferito esclusivamente all'intero Pacchetto Azionario corrispondente all'intero capitale sociale, senza contenere alcun esplicito riferimento al servizio e all'incidenza di quest'ultimo sul prezzo; - dal fatto che se il valore indicato è da intendersi riferito anche al servizio e non solo al valore azionario della

società, il prezzo a base d'asta dovrebbe essere considerato non congruo (inoltre, come già indicato da parte esponente il valore indicato non comprende 34 milioni di euro dei beni gratuitamente devolvibili riferiti alle aree aeroportuali); - negli atti di gara non si dà rilevanza ad elementi spiccatamente tecnico - gestori dell'offerta diretti all'individuazione del socio c.d. operativo.

Considerato ciò, poiché dalla gara emergono aspetti più economici che gestori, sembrerebbe che la S.A. abbia voluto porre in essere soltanto un'operazione di alienazione di quote. Se si opta per questa riscotruzione non si comprende la scelta del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto lo stesso risulta certamente non adeguato e non coerente rispetto all'oggetto della gara.

Per altro verso, invece, sembra che la S.A. abbia dato vita ad una gara a doppio oggetto visto che nella documentazione si fa riferimento alla sottoscrizione della convenzione di gestione totale da parte del concessionario subentrante e all'impegno, sempre da parte del subentrante, di realizzare il piano di sviluppo aeroportuale con effettuazione degli investimenti necessari. Se, dunque, l'obiettivo della S.A. era quello di trasferire unitamente alla proprietà anche il servizio e quindi di scegliere un socio cd. operativo non si comprende come mai tali aspetti non siano stati valorizzati negli atti di gara come requisiti necessari per la scelta di un nuovo gestore dell'aeroporto.

Come indicato nella precedente delibera : *"Detti documenti, invece, sembrano essenzialmente diretti all'individuazione di un operatore economico acquirente del pacchetto azionario e non tengono conto del correlato affidamento della gestione aeroportuale, con particolare riferimento all'oggetto e all'importo dell'affidamento (che non contempla tali aspetti ma solo la vendita del pacchetto azionario) ed ai correlati aspetti del criterio di aggiudicazione, dei requisiti di partecipazione dei concorrenti alla gara e dell'importo delle garanzie dovute. In relazione a tali profili, i documenti di gara non sembrano dunque coerenti con la disciplina di settore sopra illustrata e con i chiarimenti offerti dalla richiamata giurisprudenza amministrativa".* In conclusione, limitatamente alla procedura, non si può fare a meno di notare l'esistenza di una incongruenza nella documentazione di gara posto che, da una parte, la S.A. sembra voler trasferire unicamente la società, dall'altra, però, vi sono timidi elementi che richiamano una gara a doppio oggetto diretta alla scelta del socio c.d. operativo cui trasferire, unitamente alla partecipazione, anche il servizio senza tuttavia far riferimento ad aspetti prettamente tecnico- operativi dell'offerta.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

1.- di accogliere la richiesta di revisione della Delibera n. 494 del 10.06.2020 riconoscendo la conformità della procedura al quadro normativo vigente nella misura in cui non realizza una modifica illegittima nella titolarità della concessione in quanto *l'ingresso del socio operativo nel capitale della società aeroportuale determina una modifica soggettiva della proprietà azionaria della S.p.A ed una redistribuzione dei poteri di controllo e dei poteri di gestione della stessa senza, tuttavia, condurre la società ad un mutamento della propria identità soggettiva diventando un nuovo gestore aeroportuale con modifica nella titolarità della concessione. La ..omissis.. nonostante la trasformazione da società pubblica in privata mantiene la propria identità soggettiva, non diventa un nuovo gestore aeroportuale e continua ad avere la titolarità della concessione aeroportuale; La titolarità della "concessione aeroportuale" resta alla società e non vi è alcun subentro del socio operativo nella titolarità della stessa. La società come previsto nel codice civile è autonomo soggetto giuridico, dotato di propria personalità a cui riferire diritti ed obblighi originati dall'esercizio della attività societaria, inclusi i provvedimenti di concessione alla stessa attribuiti.*

2.- per quanto concerne la procedura di gara, di riconoscere l'esistenza di una contraddizione intrinseca perché da una parte dalla documentazione di gara emergono aspetti volti a valorizzare soltanto la vendita della società,



dall'altra la gara sembra costruita come una gara a doppio oggetto diretta alla scelta del socio c.d. operativo cui trasferire, unitamente alla partecipazione, anche il servizio senza tuttavia dare spazio ad aspetti tecnico- operativi dell'offerta.

3.- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di trasmettere alle parti interessate la presente Delibera, in sostituzione della delibera n.494 del 10.6.2020.

Il Dirigente UVCS

Ing. Umberto Reale

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 maggio 2021

Il Segretario

Maria Esposito

Atto firmato digitalmente