AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 494

10 giugno 2020

Oggetto

Oggetto: Procedura di dismissione dell'intero pacchetto azionario della società ABD Airport S.p.a.

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

subentro del privato acquirente del pacchetto azionario nella titolarità della concessione di gestione dell'aeroporto

Massima

L''ingresso del socio privato nella compagine societaria per effetto dell'acquisizione dell'intero pacchetto azionario determina di fatto *una modifica del profilo soggettivo del titolare della concessione già gestita dalla società in mano pubblica*

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

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 giugno 2020

DELIBERA

Considerato 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 Autonoma di Bolzano per la dismissione dell'intero pacchetto azionario detenuto dalla stessa provincia nella società ABD Airport S.p.a. 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 Bolzano 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 ABD Airport era detenuta al 100% dalla Provincia Autonoma di Bolzano 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 Bolzano.

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 ABD Airport S.p.a. 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 ABD Airport S.p.a., *"il privato (o i privati) subentranti nel capitale sociale di ABD Airport S.p.a. 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 Bolzano 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 Bolzano (essendo quest'ultimo un bene

[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 ABD Airport Spa (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)".*

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 abiliazione 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 Autonoma di Bolzano, 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.

Successivamente, l'Autorità decideva di chiedere chiarimenti sulla gara anche all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, che con nota prot. n. 65914 del 14.08.2019 analizzando i vari punti critici, rispondeva quanto segue: *"la Scrivente ritiene che: - l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in luogo del criterio del massimo rialzo sia condizione di legittimità dell'intera procedura considerato che non si tratta dell'ingresso di un socio meramente finanziatore ma anche operativo; - il subentro da parte dell'aggiudicatario - acquirente nella concessione totale per la gestione dell'aeroporto di Bolzano ed il correlato obbligo di attuazione del Piano di Sviluppo presentato da ABD Airport S.p.A. è consequenziale all'ingresso di un socio operativo e non meramente finanziatore. Il rispetto degli obblighi di attuazione del Piano di Sviluppo è a garanzia e a tutela dell'interesse pubblico che in tal modo vede assicurata la continuità degli impegni di sviluppo già assunti; - nessun dubbio, infine, sulla legittimità del subentro del soggetto privato, aggiudicatario, considerata la corretta operatività dell'art. 704 in combinato disposto con l'art. 3, co 2, del D.Lgs. 96/05, che non pone elementi impeditivi di alcun tipo".*

In data 24.09.2019 con prot. n. 74423, si procedeva con la sospensione del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 10, comma 2, del *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* essendo stato proposto un ricorso dinanzi al Tar Bolzano[2] avente ad oggetto la medesima questione dell'esposto.

A conclusione del relativo giudizio, la Provincia di Bolzano con prot. n. 101931 del 18.12.2019 comunicava che in data 16 settembre 2019 si era perfezionata la cessione della società ABD Airport S.p.a. a favore di un soggetto privato.

Alla luce della comunicazione ricevuta dalla stazione appaltante e del giudizio definitosi dinanzi al Tar Bolzano, che non aveva affrontato nel merito le questioni relative alla presunta illegittimità della gara per difetto di legittimazione dei ricorrenti, l'Autorità decideva di chiedere ulteriori chiarimenti (prot. n. 11997 del 12.02.2020) alla Provincia in quanto *"da verifiche successivamente effettuate d'ufficio si è appreso che la società ABD Holding Srl (già New Energy Power Srl) avrebbe cambiato nome e amministratore qualche giorno prima del 14 gennaio, data del depositato dell'offerta di acquisizione di ABD Airport. Considerato il cambio avvenuto nell'assetto societario, si chiede alla Provincia di Bolzano se sia stata effetuata adeguata verifica della*

[2] Il giudizio promosso dinanzi al Tar Bolzano, avente ad oggetto, tra le altre, anche la questione oggetto dell'esposto, si è concluso con sentenza di rigetto n. 302/2019 dei motivi di ricorso in quanto in parte irricevibili ed in parte inammissibili.

presenza ovvero assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in capo all'operatore economico aggiudicatario nonché in capo agli organi direttivi della società".

Rispondendo alla richiesta, con nota assunta al prot. n. 12540 del 14.02.2020, la Provincia Autonoma di Bolzano trasmetteva la documentazione relativa ai controlli effettuati sull'aggiudicatario della procedura di gara aperta indicata ed in capo agli organi direttivi della società medesima nonché il verbale del Collegio dei revisori contabili riguardante la verifica sulla correttezza della procedura di dismissione dal punto di vista economico-patrimoniale.

Considerato in diritto

Nel panorama delle gestioni aeroportuali, rientra anche la gestione a titolo precario.

Quest'ultima forma di gestione, a partire dall'emanazione della legge n. 537/1993 con la quale lo Stato ha riformato il regime degli aeroporti indicando il modello della gestione totale quale regime concessorio prevalente, è attualmente una forma di gestione in via di estinzione. Infatti, con D.M. 521/1997, regolamento attuativo della legge 537/1993, è stato introdotto un meccanismo per consentire il passaggio dalla gestione a titolo precario/parziale a quella a titolo totale.

A norma dell'art. 7 del citato Regolamento attuativo è stato, infatti, disposto che "*l'affidamento in concessione della gestione totale aeroportuale alle società di capitale di cui al precedente articolo 6 è effettuato con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, della difesa, su istanza da presentarsi da parte delle società richiedenti, entro nove mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento, da integrare, entro i successivi sei mesi, con una domanda corredata da un programma di intervento, comprensivo del piano degli investimenti e del piano economicofinanziario, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 251, come modificato dalla legge di conversione 3 agosto 1995, n. 351*".

Quindi, in conformità alle disposizioni introdotte, su istanza delle società richiedenti prende avvio un procedimento amministrativo diretto a conseguire un provvedimento di concessione totale per la durata di massimo quaranta anni, subordinato alla sottoscrizione da parte dei soggetti interessati di una convenzione e di un contratto di programma (da predisporsi secondo i contenuti di cui alla delibera CIPE 24 aprile 1996, recante linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità).

La questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità si inserisce in tale cornice normativa in quanto la società ABD Airport, in origine concessionaria della gestione dell'aeroporto di Bolzano a titolo precario per anticipata occupazione, è in attesa del rilascio della concessione totale avendo presentato (in data 02.01.1999) istanza ai sensi dell'art. 7 del D.M. 521/1997 in relazione alla quale, l'ENAC, come si legge nella nota della Provincia di Bolzano (37551 del 13.05.2019) "*ha autorizzato il Direttore Generale a sottoscrivere con la Società la convenzione di gestione totale dell'Aeroporto di Bolzano per una durata di anni venti. Detta deliberazione è stata inoltrata al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'esercizio delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 11 del d.lgs. 250/1997. Attualmente la Società è in attesa del rilascio della suddetta concessione totale*".

Fatta questa premessa sul regime concessiorio applicabile, l'istruttoria condotta dall'Autorità ha riguardato la verifica della conformità al quadro normativo vigente dell'operazione di vendita posta in essere dalla Provincia di Bolzano per mezzo della quale con il cambio nella titolarità della proprietà di

ABD si determina anche il subentro del privato acquirente nella gestione totale dell'aeroporto (una volta che verrà rilasciato il relativo provvedimento).

Sul punto, l'Autorità, previo parere dell'Ufficio precontenzioso e pareri, espone le seguenti considerazioni.

Inquadramento normativo

Gli artt. 704 e segg. del Codice della Navigazione, come modificati dal d.lgs. 9 maggio 2005, n. 96 e dal d.lgs. 15 marzo 2006, n. 151, disciplinano il rilascio della concessione della gestione aeroportuale e individuano i compiti del gestore affidatario. In particolare, l'art. 704, comma 2, stabilisce che «Il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell'ENAC, *all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria*, previe idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedimentali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione».

L'art. 705 (*compiti del gestore*) cod. nav. stabilisce a sua volta che **«**Il *gestore aeroportuale* è il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, *il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali* e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato (…)».

Più in particolare, il gestore (tra l'altro), organizza l'attività aeroportuale al fine di garantire l'efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e di servizi di livello qualitativo adeguato, anche mediante la pianificazione degli interventi in relazione alla tipologia di traffico, corrispondendo il canone di concessione.

Il d.lgs. n.96/2005 ("*revisione della parte aeronautica del codice della navigazione a norma dell'articolo 2 della L. 9 novembre 2004, n. 265*"), prevede all'art. 3, in ordine al rilascio della concessione di gestione, che «… *le disposizioni di cui all'articolo 704, primo e secondo comma, del codice della navigazione,* come modificato dal presente decreto legislativo, *non si applicano* alle concessioni della gestione aeroportuale già rilasciate, anche in base a legge speciale, e in ipotesi di delocalizzazione funzionale, *nonché ai procedimenti di rilascio della concessione su istanza antecedente alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, ai sensi del D.M. 12 novembre 1997, n. 521* del Ministro dei trasporti e della navigazione. *Detti procedimenti devono concludersi entro il 30 giugno 2012.* Decorso inutilmente il detto termine le società istanti possono chiedere, con oneri a carico delle medesime, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti la nomina di un Commissario ad acta, il quale nei successivi sessanta giorni provvede sull'istanza, provvedendo al rilascio della concessione una volta verificato il possesso dei necessari requisiti».

Il d.l. 29/12/2011 n.216, art.11, comma 2, reca la proroga dei termini di validità del regime transitorio di affidamento della concessione di gestione totale aeroportuale, ai sensi del citato art. 3 del d.lgs. 96/2005.

In relazione al quadro normativo sopra illustrato, nel documento relativo all'indagine condotta dall'Autorità sul settore aeroportuale è stato osservato che la maggior parte delle concessioni assegnate è stata affidata senza ricorrere a procedure di gara.

Gli attuali gestori degli aeroporti italiani, pertanto, non sono stati selezionati all'esito di procedura selettiva per ottenere la concessione totale, ma quest'ultima è stata concessa con leggi *ad hoc* o sulla

base del d.m. 521/1997 che mira ad una progressiva sostituzione delle gestioni parziali con le gestioni totali. Allo scadere delle convenzioni in corso, si dovrà quindi provvedere all'affidamento della gestione dei vari aeroporti mediante gara pubblica.

La situazione descritta è frutto (tra l'altro) del regime transitorio introdotto dal d.lgs. 96/2005.

Come sopra indicato, infatti, l'art. 3, comma 2, di tale decreto ha previsto *l'inapplicabilità* dell'art. 704 cod. nav. (contemplante l'affidamento delle concessioni aeroportuali con procedura di gara) alle concessioni della gestione aeroportuale già rilasciate, *nonché ai procedimenti di rilascio della concessione su istanza antecedente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo,* ai sensi del DM n.521/1997 (procedimenti da concludere entro il termine previsto dalla norma).

Tale disposizione ha introdotto *un regime di tipo derogatorio* alla regola generale dell'affidamento di concessione aeroportuale a mezzo di gara ad evidenza pubblica, configurando in particolare uno speciale "salvacondotto" per il gestore (gestore parziale anche a titolo precario degli spazi aeroportuali) che abbia presentato istanza di concessione totale entro la data di entrata in vigore del citato decreto. Si tratta come è evidente di *una norma di carattere eccezionale* (perché derogatoria rispetto all'obbligo di esperireuna procedura di gara ai sensi dell'art. 704 cit), volta a tutelare la posizione del *soggetto già titolare della concessione o che abbia presentato istanza per ottenere la concessione totale ai sensi del d.m. citato,* al fine di consentire che lo stesso possa proseguire nella gestione della concessione già assentita.

La ratio sottesa alla norma che introduce la deroga porta a considerare che quest'ultima sia a vantaggio del gestore e non legata oggettivamente alla concessione.

Stante il carattere eccezionale e derogatorio della norma, si ritiene che l'applicazione della stessa debba essere limitata, pertanto, al caso in cui non si verifichino mutamenti soggettivi del gestore aeroportuale *che abbia presentato istanza per la concessione totale* ai sensi del citato d.m. Infatti, in caso di mutamento del soggetto titolare della concessione, ad esempio per effetto di operazioni societarie che mutino l'assetto della proprietà del capitale sociale, il citato regime derogatorio non appare più applicabile, *configurandosi in tal caso un "nuovo" affidamento della concessione aeroportuale in quanto assegnata a un diverso gestore*.

Si ritiene quindi che la novazione soggettiva del gestore, nel senso sopra indicato, renda inapplicabile il regime speciale e derogatorio dettato dal d.lgs. 96/2005 per tutelare la posizione dei concessionari già in esercizio alla data della sua entrata in vigore.

Si aggiunga a quanto sopra che il quadro normativo delineato deve essere letto anche alla luce delle direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni intervenute nel 2014.

Il giudice amministrativo, infatti, ha evidenziato al riguardo che l'art. 704, comma 2, cod. nav. opera un rinvio mobile alla "normativa comunitaria" *vigente al momento dell'applicazione della medesima disposizione*, che è oggi integrata, come è noto, anche dalla Direttiva 2014/23/UE sui "contratti di concessione" (TAR Catanzaro, n. 59/2017).

Lo stesso giudice amministrativo ha aggiunto che la direttiva citata è stata recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. 50/2016, il quale non prevede la "sottrazione" per specialità dell'intero comparto delle concessioni aeroportuali dalla sua sfera di applicazione.

Infatti, in osservanza del cd. principio di autosufficienza della codificazione (cfr. art. 1 co. 1 lett. d della Legge delega 11/2016), il d.lgs. 50/2016 determina, con precise disposizioni, il suo ambito oggettivo di

applicazione, specificando le tipologie di contratti esclusi (cfr. titolo II del d.lgs. 50/2016; in particolare artt. 17 e 18 concernenti esclusioni specifiche per alcune tipologie di concessioni di servizi) e prevede norme peculiari per particolari concessioni (cfr. 178 d.lgs.n. 50/2016 sulle concessioni autostradali), *da nessuna delle quali è evincibile una esclusione per la tipologia, particolarmente complessa, delle concessioni di gestione aeroportuali.* Ne consegue l'assoggettabilità delle predette concessioni alla disciplina dettata dal Codice (TAR Catanzaro, n. 59/2017)3.

Deriva da quanto sopra che laddove la concessione di gestione aeroportuale debba essere affidata in vigenza del d.lgs. 50/2016, la relativa procedura di gara deve necessariamente seguire le disposizioni ivi previste in tema di concessioni.

Considerazioni conclusive

Sulla base del quadro normativo sopra delineato e dei dati sulla società e sulla procedura di gara in precedenza illustrati, è possibile svolgere le seguenti considerazioni conclusive.

La procedura a monte avviata nel 1999 su istanza della società (*ancora in mano pubblica*) e finalizza al rilascio della concessione totale della gestione dell'aeroporto, *quindi destinata a produrre effetti sul titolo della concessione in capo al "gestore - società pubblica ABD"* va distinta dalla procedura successivamente indetta dall'ente proprietario (la Provincia di Bolzano) per la dismissione del pacchetto azionario della stessa ABD che avrà, come effetto, *il subentro di un "diverso soggetto" – il privato acquirente/aggiudicatario - non solo nella titolarità del pacchetto azionario della società ABD ma anche nella titolarità della concessione di gestione dell'aeroporto.* In sostanza per effetto della procedura di gara, come si evince dalla suindicata disposizione della *lex specialis*, *l'aggiudicatario subentrerà al socio unico pubblico sia nella proprietà della società, sia nella gestione delle attività demandate alla ABD*, come individuate nel suo oggetto sociale e nell'art. 705 cod. nav. sopra richiamato.

Si ritiene pertanto che la disapplicazione delle disposizioni dell'art. 704 cod. nav. in virtù della previsione derogatoria del d.lgs. 96/2005 [contemplante un regime transitorio e limitato nel tempo] non possa in realtà operare nella fattispecie in esame, posto che, come sopra evidenziato, tale norma presuppone una *identità* tra il soggetto giuridico che ha presentato istanza per la gestione totale dell'aeroporto ai sensi del d.m. 521/1997 e il soggetto giuridico che provvederà a tale gestione.

Nella fattispecie, invece, il soggetto giuridico che ha presentato istanza nel 1999 per la concessione totale (*ABD in mano pubblica*) è *diverso* dall'aggiudicatario della gara (*il privato aggiudicatario/acquirente*), circostanza questa che determina, per le motivazioni sopra indicate, l'inapplicabilità del regime derogatorio, configurando invero *un "nuovo" affidamento della gestione aeroportuale a un diverso gestore.*

Come già rappresentato, infatti, la gara avviata sulla base della delibera di G.P. n. 117/2018, persegue la finalità di dismettere l'intero pacchetto azionario detenuto dalla Provincia di Bolzano per assegnarlo ad un *soggetto privato* [il bando richiama, infatti l'art. 10, comma 2, del d.lgs 175/2016 il quale dispone chel'alienazione delle partecipazioni deve essere effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione]. Ma tale acquisizione azionaria avrà come effetto anche il subentro dell'aggiudicatario *nella gestione della concessione totale dell'aeroporto*, svolgendo di fatto le attività demandate al gestore dalle disposizioni di riferimento e percependo tutte le entrate ricavabili dall'esercizio aeroportuale (nei documenti di gara si specifica, infatti, che il *concessionario subentrante sottoscriverà la convenzione di gestione totale*).

Si tratta quindi di selezionare un socio privato che si occupi anche della gestione dell'aeroporto.

Pertanto, avendo tale selezione l'effetto di far *subentrare nella concessione un soggetto giuridico diverso dall'attuale gestore*, la *lex specialis* avrebbe dovuto prevedere – oltre all'aspetto relativo alla vendita del pacchetto azionario - anche aspetti riferibili alla gestione dell'aeroporto[3].

A conforto delle considerazioni svolte, sembra opportuno evidenziare che la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376), ancorché con specifico riferimento alle previsioni dell'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 163/2006, oggi sostituito dall'art. 5, comma 9, del d.lgs. 50/2016, dopo aver ribadito che sussiste l'obbligo di indire una procedura di gara nell'ipotesi in cui una società a partecipazione pubblica apra il proprio capitale all'apporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, *ha evidenziato che tale obbligo è tanto più stringente nel caso in cui risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione*. In sostanza, ogniqualvolta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato *di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato, allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico.*

Il giudice amministrativo aggiunge che l'affidamento di un servizio, quand'anche realizzato attraverso la costituzione, originaria o successiva, di una società mista con socio privato operativo, è un'attività sempre connotata da autoritatività a fronte della quale si stagliano interessi legittimi dei soggetti coinvolti e, come tale, esso soggiace anche all'osservanza delle regole pubblicistiche e si deve necessariamente svolgere attraverso procedure di evidenza pubblica, *governate dai principi del diritto interno e sovranazionale. In effetti, qualora detto socio non sia un mero finanziatore, ma presenti le caratteristiche di un socio "operativo" o "industriale", allora è indubbio che, attraverso la sua partecipazione al capitale sociale, si realizzi anche un parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento.*

Ricorre pertanto l'esigenza di osservare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza immanenti in ogni vicenda in cui si abbia l'attribuzione, all'esterno del circuito pubblicistico, di *un'utilità economicamente valutabile* (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376).

Pertanto, il ricorso a schemi organizzativi di tipo privatistico non può sottrarre l'attività delle amministrazioni pubbliche all'osservanza delle vincolanti e imperative discipline per esse dettate.

Diversamente opinando potrebbero determinarsi gravi elusioni del principio di legalità e delle previsioni dell'art. 97 Cost.; dunque, anche l'attività amministrativa volta alla costituzione ed alla *gestione di società*

[3] Si veda ad esempio il bando per l'affidamento in concessione della gestione totale dell'aeroporto di Pantelleria indetto da Enac, e pubblicato sul sito dell'ente, nel quale l'importo a base di gara è stato determinato ai sensi dell'art. 167 del Codice, tenuto conto dell'insieme dei proventi della gestione sulla base di una stima di traffico coerente con l'attuale capacità dell'aeroporto e della durata della concessione, nonché dei canoni sub-concessori. Si specifica inoltre che l'affidamento in concessione della gestione totale dell'aeroporto assume ad oggetto le attività di cui all'art. 705 del Codice della Navigazione. Il rilascio della concessione comporta quindi l'affidamento al gestore aeroportuale del compito di amministrare e di gestire l'infrastruttura aeroportuale, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC e degli altri Enti competenti, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, nonché l'obbligo di coordinare e controllare le attività dei diversi operatori privati ivi operanti.

di capitali, ogniqualvolta essa si risolva nell'esercizio (ove pure indiretto) di potestà autoritative pubbliche, è e rimane "attività funzionalizzata" e, come tale, soggiace anche alla disciplina pubblicistica

che le è propria (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376; in termini Consiglio di Stato sez. V 28/9/2016 n. 4014).

Sulla base delle considerazioni che precedono è possibile affermare che nel caso di specie, l'ingresso del socio privato nella compagine societaria di ABD s.p.a. per effetto dell'acquisizione dell'intero pacchetto azionario, determina di fatto *una modifica del profilo soggettivo del titolare della concessione già gestita da ABD in mano pubblica,* quale ipotesi ritenuta dalla giurisprudenza amministrativa in contrasto con i principi sopra richiamati e con le disposizioni del Codice.

La fattispecie *non* sembra inquadrarsi, infatti, in un semplice negozio di compravendita di azioni della società pubblica ABD ma la stessa attiene anche alla *prosecuzione dell'attività connessa alla concessione aeroportuale in capo a soggetto diverso, e quindi al suo affidamento,* come conseguenza di un'operazione societaria straordinaria di vendita di azioni.

Gli atti della procedura di gara, pertanto, 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 sopra illustrata e con i chiarimenti offerti dalla richiamata giurisprudenza amministrativa.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- di ritenere, nei limiti di cui in motivazione, la procedura posta in essere dalla stazione appaltante non conforme al quadro normativo di riferimento come sopra indicato;

- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera alla Provincia Autonoma di Bolzano.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario *Maria Esposito*

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente