



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1016 del 23.10.2019

Fascicolo n. 3157/2018

Oggetto: Bando di gara per la selezione di un Partner Industriale per la partecipazione di minoranza al capitale sociale di una NEWCO per lo sviluppo e l'erogazione dei servizi di "Unmanned Aerial Vehicles Traffic Management" (UTM) – Stazione appaltante: ENAV SpA

Il Consiglio

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 12 aprile 2006 n. 163;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Premessa

La presente istruttoria è stata originata dalla segnalazione di un operatore economico escluso dalla gara in oggetto (nota prot. ANAC n. 23895 del 15.03.2018), aggiudicata in data 25.05.2018 al Raggruppamento Temporaneo d'Imprese Leonardo S.p.a., Telespazio S.p.a., IDS Ingegneria dei Sistemi S.p.a.

Il segnalante contestava anzitutto che l'ente regolatore ENAC, mediante la convenzione sottoscritta il 3.08.2016, avesse conferito ad ENAV spa il monopolio del servizio UTM in Italia, nonostante fosse chiaro che essa non aveva al suo interno le competenze tecniche necessarie per gestire in proprio le nuove attribuzioni e che queste ultime fossero pienamente contendibili sul mercato.

Si sottolineava, perciò, la ridondanza del sistema posto in essere ove, piuttosto che prevedere l'apertura di tali attività al mercato direttamente a cura di ENAC, esse erano state attribuite ad ENAV spa e quest'ultima, per sopperire alle competenze tecniche mancanti, aveva



Autorità Nazionale Anticorruzione

dovuto costituire una società assieme ad un partner industriale, scelto con gara pubblica, in grado di provvedere allo sviluppo e all'erogazione dei servizi di UTM.

Nella segnalazione, inviata contestualmente ad ANAC e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si chiedeva anzitutto ad AGCM di verificare se la Convenzione tra ENAC ed ENAV con cui si affidano alla seconda la realizzazione e la gestione dell'UTM fosse da considerare frutto di una procedura trasparente e fosse rispettosa delle regole della concorrenza e del mercato.

In secondo luogo il segnalante adombrava che la procedura per la scelta del socio privato con cui costituire la NewCo fosse stata orientata sin dal principio a favorire la Società Leonardo di Finmeccanica, che si è poi effettivamente aggiudicata la gara assieme alle mandanti Telespazio spa e IDS spa.

Sotto questo profilo, veniva evidenziato che:

- l'avviso per richiedere manifestazioni di interesse è stato pubblicato nel agosto 2016 - in un periodo, quindi, fortemente sfavorevole alla partecipazione - malgrado ENAV abbia poi, nel complesso, ampiamente derogato ai tempi di realizzazione del progetto previsti dalla Convenzione sottoscritta con ENAC;
- l'avviso prevedeva requisiti economici (fatturato globale di Euro 100.000.000 nel triennio, investimenti globali di Euro 15.000.000 nel triennio) lontani dalle cifre proprie delle società che operavano nel settore UTM a livello mondiale all'epoca della pubblicazione del bando UTM (agosto 2016) e compatibile con la dimensione imprenditoriale di Leonardo Finmeccanica e di pochi altri competitors già operanti nel settore monopolistico dell'*air traffic management* per l'aviazione civile;
- prima dell'aggiudicazione della gara pubblica, Leonardo spa aveva presentato il proprio prodotto di sistema UTM in diverse sedi (riviste, fiere internazionali) o sotto il diretto patrocinio di ENAV ovvero assieme a rappresentanti di quest'ultima;
- già dal 2016, antecedentemente alla stipula della convenzione con ENAC e alla scelta del partner operativo, ENAV aveva predisposto un sistema embrionale di *traffic management* per i droni, chiamato "D-Flight", avvalendosi di sistemi informativi realizzati dalla IDS spa, società partecipante al medesimo raggruppamento che si è poi aggiudicato la gara. Tale prodotto sarebbe alla base dell'attuale sistema di UTM risultato dalla Convenzione ENAC-ENAV.

Venivano altresì segnalati diversi profili di presunta incompatibilità nella condotta di alcuni rappresentanti di ENAV nel corso della fase preparatoria al varo dell'iniziativa, questioni che l'Ufficio istruttore ha provveduto a devolvere ad altra unità organizzativa dell'Autorità competente per materia (UVIF).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Nel corso dell'istruttoria, avviata con nota n. 3685 del 16.01.2019, sono state acquisite le controdeduzioni di ENAC, ENAV spa e di Leonardo spa e i rappresentanti di ENAV sono stati ascoltati in audizione presso l'Ufficio istruttore.

Dalle informazioni assunte in sede istruttoria e dall'analisi del contesto normativo di riferimento si possono ricavare le seguenti considerazioni.

Sulla legittimità della Convenzione ENAC-ENAV in merito all'attribuzione esclusiva ad ENAV delle competenze in materia di UTM

La Convenzione stipulata in data 3 agosto 2016 aveva ad oggetto: "l'identificazione dei fattori abilitanti per le operazioni a bassa quota effettuate con Unmanned Aerial Vehicles (UAV) ... e per la fornitura dei relativi servizi di *traffic management*, nonché la realizzazione di una infrastruttura finalizzata alla fornitura di servizi di *traffic management* che soddisfacesse anche i requisiti regolamentari ENAC in materia".

La Convenzione rispondeva, da un lato, alla necessità di procedere alla registrazione degli aeromobili a pilotaggio remoto (APR) con modalità adeguate alle specificità di tali mezzi aerei; dall'altro a consentire la identificazione dei mezzi grazie alle tecnologie attualmente disponibili, mediante sistemi idonei a soddisfare anche le esigenze di "enforcement" da parte delle forze di polizia sotto il profilo dell'ordine pubblico.

Nel testo della Convenzione era tra l'altro specificato che:

- il controllo del traffico aereo nello spazio aereo nazionale è fornito da ENAV sulla base della designazione dello Stato come esplicitamente definito dall'art. 691 bis del Codice della Navigazione;
- ENAV è il soggetto istituzionale competente a svolgere le attività propedeutiche per la definizione di un servizio UTM che consenta ad ENAC lo sviluppo della regolamentazione di settore;
- l'infrastruttura tecnologica ai fini della fornitura dei servizi e del "traffic management" per la sua complessità necessita di competenze e capacità multidisciplinari.¹

Al tempo della stipula della Convenzione, ENAV era già parzialmente operativa in attività che saranno poi oggetto della prestazione convenzionale, atteso che sin dal 1 luglio 2016 era stata attivata, da parte della Società, la fase sperimentale del portale web per la registrazione degli APR.

¹ ENAV si impegnava a fornire tali servizi ricevendo a corrispettivo dagli utenti un canone relativo al comodato d'uso della UTM Box (dispositivo di identificazione e tracciamento) e agli ulteriori servizi UTM erogati. Era previsto che la determinazione dei corrispettivi, rinviata ad un apposito atto da stipularsi in materia di tariffe, fosse effettuata tenendo conto dell'obiettivo di copertura dei costi e di remunerazione dell'insieme dei servizi UTM regolamentati da realizzarsi nel medio periodo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Alla luce di tutto quanto precede, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, chiamata dal segnalante, per specifica competenza, a valutare la sussistenza di eventuali profili anticoncorrenziali nella Convenzione in parola, non ha ritenuto di avviare una procedura istruttoria.

Ciò posto non si ravvisano margini di intervento di quest'Autorità in suddetta materia, come peraltro già ritenuto dal Consiglio nell'adunanza del 30 gennaio 2019 (punto odg n. 59) in esito alla valutazione preliminare di procedibilità della segnalazione.

Sul quadro giuridico di riferimento per la selezione del socio operativo

L'Enav (Ente nazionale di assistenza al volo) – trasformata in ente di diritto pubblico economico con la legge 21 dicembre 1996 n. 665 e poi in società per azioni (Enav s.p.a.) con decorrenza 1° gennaio 2001, in base all'art. 35 della legge n. 144 del 1999 - è la società per azioni che espleta i servizi della navigazione aerea per gli spazi aerei e gli aeroporti di competenza, ai sensi dell'art. 691 bis del codice della navigazione.

Il Ministro dell'economia e delle finanze esercita i diritti dell'azionista pubblico, d'intesa con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che è anche il Ministro vigilante per il settore dell'aviazione civile.

Tale società, in precedenza interamente partecipata dal MEF, dal 26 luglio 2016 si è quotata in Borsa, passando dallo status di società con socio unico a società partecipata (il Mef detiene oggi il 53,4 per cento di Enav).

Enav Spa rientra nella categoria degli enti di diritto privato in controllo pubblico, secondo la definizione contenuta all'art. 1 comma 2 lett. c) del d.lgs. n.39/2013 ("le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi").

In qualità di organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 e del relativo allegato IV, ENAV è sottoposta alle regole dell'evidenza pubblica e all'osservanza del Codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 4 della predetta Convenzione, ENAV può avvalersi di una società controllata e istituita allo scopo per l'espletamento di alcuni servizi convenzionali, relativi ad ogni attività ritenuta necessaria o idonea a definire le modalità di erogazione dei servizi di Unmanned Aerial Vehicles Traffic Management ed allo sviluppo ed implementazione di un'innovativa piattaforma tecnologica che consenta l'integrazione di molteplici ed articolate



Autorità Nazionale Anticorruzione

tecnologie di settore, idonea al raggiungimento degli obiettivi indicati nell'allegato I alla Convenzione.

ENAV ha indetto la gara per la scelta del socio privato con avviso pubblicato in data 9 agosto 2016, ossia in vigore del D.lgs. n. 50/2016 che all'art. 5 comma 9 prescrive: *“Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*.

La successiva lettera d'invito, datata 6.04.2017, precisa poi che la procedura selettiva *“è finalizzata alla scelta del socio minoritario per la costituzione di una società mista pubblico-privata secondo lo schema normativo del partenariato pubblico-privato di cui all'art. 180 del D.lgs. 50/2016”*.

Infine, secondo quanto espressamente dichiarato da ENAV nella corrispondenza intercorsa, la procedura di scelta del socio di minoranza sarebbe stata impostata nel rispetto dei principi di cui all'art. 4 del D.lgs. n. 50/2016 e delle disposizioni previste dagli art. 179 e 180 del D.lgs. n. 50/2016. Ciò in base alla considerazione che:

- la costituzione di una società mista è disciplinata dall'art. 5, comma 9, del D.lgs. 50/2016 nel contesto del Titolo II sui *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice*, il cui affidamento è soggetto all'osservanza dei principi generali di cui all'art. 4 sopra richiamato;
- poiché la costituzione di una società mista realizza una forma di PPP come disciplinato dall'art. 180 del Codice, alle relative procedure concorsuali – ai sensi del precedente art. 179 – le disposizioni del codice trovano applicazione solo *“in quanto compatibili”*.

In altri termini, stante la necessità di procedure di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, a tali procedure, proprio per il loro carattere di spesso necessaria atipicità, si applicheranno soltanto i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità ma *“non possono trovare pedissequa applicazione le specifiche prescrizioni del codice”*.

A detta di ENAV, ciò consentirebbe, ad esempio, di pubblicare l'avviso di selezione privo delle specifiche sul valore economico del servizio prescritte dalla normativa codicistica.

Ad avviso di quest'Autorità, tuttavia, in base ad una interpretazione strettamente letterale della norma si può ritenere che la facoltà di applicare la normativa di riferimento nel rispetto del criterio di *“compatibilità”*, ai sensi del succitato art. 179, non coincida con l'assenza di ogni obbligo a seguire un iter procedurale normativamente definito.

In particolare in una procedura di scelta del socio privato, ove i requisiti di carattere economico finanziario sono stati elaborati in termini di fatturato medio e di capitale investito e il principale valore economico caratterizzante il progetto è definito sull'ammontare complessivo dei ricavi, in analogia con quanto normativamente previsto per le concessioni, non si ravvisa



Autorità Nazionale Anticorruzione

alcun intrinseco impedimento a che la procedura rispetti le disposizioni dell'art. 167 del Codice anche in riferimento, per esempio, alla tempistica (comma 2) o all'apprezzamento di ogni possibile forma di proroga o rinnovo (comma 4, lett. a).

Una siffatta interpretazione, peraltro, appare in linea con il diritto comunitario e in particolare con indicazioni fornite dalla Commissione Europea in materia di Partenariato pubblico privato istituzionale mediante la Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008 n. C 2007 6661.

Ivi si affermava che: “Il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni”: inoltre, che la procedura di selezione del partner privato è dettata dalla tipologia di incarico da affidare alla società mista, cosicchè se si tratta di appalto o concessione di servizi interamente disciplinata dalla direttive in materia, la procedura selettiva è stabilita da tali direttive (art. 2.3.1.).

Ciò posto, se nella costituzione di società miste per l'organizzazione e la gestione di un servizio pubblico di interesse generale la selezione del socio privato deve avvenire con procedure di evidenza pubblica, sotto il profilo della definizione della procedura occorre riferirsi alle norme previste ordinariamente in relazione all'oggetto dell'affidamento, nei limiti della loro compatibilità con le finalità e gli adempimenti propri della scelta del partner operativo.

Sulla pubblicità dell'avviso di selezione del partner minoritario

La procedura di selezione del partner privato ha seguito la seguente tempistica:

- Stipula della Convenzione ENAC-ENAV: 3 agosto 2016
- Indizione della selezione per la scelta del socio minoritario: 9 agosto 2016
- Termine per la presentazione di richieste di chiarimenti: 2 settembre 2016
- Termine per la presentazione delle manifestazioni di interesse: 30 settembre 2016
- Invio della lettera di invito: 6 aprile 2017
- Termine per la presentazione delle offerte: 5 giugno 2017
- Aggiudicazione definitiva: 25 maggio 2018

Preso atto che in questa fase, ai fini del superamento della preselezione, non veniva richiesta altra documentazione che la presentazione di copia dei bilanci, l'attestazione degli investimenti effettuati nel triennio e le autodichiarazioni di rito, si ritiene che il termine di 52 giorni assegnato dal bando per la presentazione della manifestazione d'interesse (a fronte di un termine minimo di 30 giorni previsto dall'art. 61 del D.lgs. n. 50/2016 per le procedure ristrette ordinarie), ancorchè decorrente dal 3 agosto, fosse idoneo a garantire una adeguata partecipazione degli operatori economici, in conformità ai criteri di cui all'art. 79 dello stesso decreto.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Quanto alla risposta del mercato, vale precisare che, nell'ambito della fase di prequalifica preliminare all'effettivo svolgimento della procedura competitiva, manifestavano interesse a partecipare alla selezione n. 6 candidati, tra i quali alcuni raggruppamenti costituiti da soggetti imprenditoriali di dimensioni minori.

Delle suddette 6 candidature, 5 venivano ammesse alla successiva fase di gara, una veniva esclusa con comunicazione: "per carenza di gran parte dei requisiti tecnico economici richiesti".

In seguito alla trasmissione della lettera d'invito (prot. ENAV n. 58024 del 6.04.2017) sono state ricevute n. 2 offerte.

Sul corretto dimensionamento dei requisiti

A detta del segnalante, i requisiti di fatturato richiesti nell'avviso pubblico (aver realizzato, cumulativamente negli ultimi tre esercizi finanziari chiusi, un fatturato globale di € 100.000.000,00 ed investimenti per € 15.000.000) indicano cifre molto lontane da quelle proprie dalle società che operavano nel settore UTM a livello mondiale all'epoca della pubblicazione del bando ENAV. Per effetto di tali requisiti, la competizione sarebbe stata limitata a poche grandi industrie espressioni di "relazioni, interessi e monopoli precedenti, come quello dell'air traffic management per l'aviazione civile e la sua filiera per il procurement di sistemi e servizi"; escludendo le piccole ma innovative aziende, radicate nel campo dell'*Information Technologies*, che hanno di recente investito nell'UTM le proprie competenze.

Di contro ENAV sosteneva che le condizioni tecniche ed economiche previste nell'avviso di prequalificazione fossero commisurate all'importanza dell'iniziativa ed agli *economics* del business plan di riferimento².

In effetti, alla luce del *business plan* (documento allegato soltanto alla lettera d'invito e non accessibile agli oo.aa. in fase di candidatura, tra cui il segnalante) i requisiti economici per la partecipazione appaiono correttamente proporzionati, atteso che il fatturato richiesto (33,33 milioni) coincide sostanzialmente con il ricavo medio per anno stimato nei dodici anni di durata

² Infatti, sotto il profilo economico, la lettera di invito prevedeva i seguenti valori:

- (i) l'importo per la sottoscrizione dell'aumento di capitale riservato al partner industriale e pari al 40% della NewCo, con una base d'asta al rialzo pari ad euro 6.600.000;
- (ii) l'importo per la realizzazione del sistema tecnologico per i primi 5 anni di attività della NewCo, con una base d'asta soggetta a ribasso pari ad euro 6.100.000;
- (iii) l'importo per la realizzazione degli sviluppi tecnologici successivi al primo periodo quinquennale (e dunque dal sesto al dodicesimo anno di partnership), con una base d'asta al ribasso pari ad euro 12.625.000 (opzionale);
- (iv) l'indicazione dei costi che la NewCo dovrà sostenere per la conduzione e manutenzione del sistema tecnologico per i primi 5 anni, con una base d'asta soggetta a ribasso pari ad euro 1.450.000;
- (v) l'indicazione dei costi di conduzione e manutenzione del sistema tecnologico per gli anni successivi ai primi cinque, con una base d'asta soggetta a ribasso pari ad euro 8.620.000, salva la verifica del perdurante allineamento alle condizioni di mercato dell'offerta al termine del quinquennio.



Autorità Nazionale Anticorruzione

della partnership (31,625 milioni, corrispondenti all'ammontare totale di 379,5 milioni indicato nella lettera d'invito).

Il valore di fatturato minimo adottato, anzi, può considerarsi piuttosto distante da una ipotetica soglia di anomalia prendendo a riferimento i criteri indicati all'art. 83 comma 5 del D.lgs. 50/2016 (*"fatturato minimo annuo inferiore al doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso"*).

Non può non rilevarsi, tuttavia, che la stessa ENAV ha evidenziato il carattere di notevole *aleatorietà* del *business plan* e la difficoltà di fare stime di lungo periodo, imputata al fatto che trattasi di un mercato del tutto innovativo per la cui stima non esistono riferimenti quantitativi, nemmeno in altri Stati, e non è possibile ricorrere ad analogie merceologiche con settori affini. Tanto è vero che, nel corso del primo anno di esecuzione, i ricavi effettivi si sono rivelati notevolmente al di sotto dei valori stimati, imponendo una revisione consistente del budget per l'anno 2019. A detta di ENAV lo slittamento della linea dei ricavi che si è verificato è da relazionare al ritardo della regolamentazione ENAC in merito all'obbligatorietà della registrazione.

Se da un lato, quindi, alla luce della particolarità del servizio da affidare, appaiono tendenzialmente condivisibili le argomentazioni della società sulla imprevedibilità del *business* e dei relativi scostamenti; dall'altro lato, vista la modifica in corso al piano economico-finanziario a base di gara, non può escludersi, in astratto, l'ipotesi prospettata dal segnalante che i requisiti siano stati artatamente sovradimensionati allo scopo di restringere la partecipazione, attraverso una strumentale sopravvalutazione della portata dei ricavi. Circostanza quest'ultima sulla quale l'Autorità ha limitati poteri d'istruttoria, tenuto conto dell'elevato contenuto specialistico delle previsioni del *business plan* e dell'ampia discrezionalità tecnica della società aggiudicatrice nella sua definizione.

Può essere opportuno, perciò, un monitoraggio sull'esecuzione della prestazione allo scopo di verificare che nel medio periodo non si determinino, *ex post*, scostamenti dal *business plan* di tale rilevanza che avrebbero richiesto, *ex ante*, una diversa configurazione dei requisiti di partecipazione.

Sul difetto di trasparenza dell'avviso di selezione

Nella comunicazione di risultanze istruttorie (nota ANAC n. 60195 del 24.07.2019), l'Autorità ha altresì rilevato un possibile difetto di trasparenza degli atti di gara, ritenendo che tendenzialmente i dati relativi al valore economico del servizio su cui vengono dimensionati i requisiti economico-finanziari per l'ammissione alla procedura devono essere portati a conoscenza degli operatori nella fase in cui si effettua la preselezione delle candidature, e quindi sin dall'indizione della gara mediante pubblicazione dell'avviso di selezione; tenuto conto che in



Autorità Nazionale Anticorruzione

quella fase si esercita il potere escludente dei requisiti prescritti e quindi l'efficacia lesiva di un eventuale sovradimensionamento degli stessi.

Nel caso in questione, invece, stante la mancata allegazione del *business plan*, dall'avviso di selezione pubblicato non si ricavano informazioni sulla dimensione economica del servizio da dare in concessione (né erano esplicitati i criteri di calcolo dello stesso), al cui valore dovevano essere commisurati i requisiti di partecipazione richiesti.

Al contempo veniva anche rilevato che, all'avvio della procedura selettiva, non era stata fornita piena informazione ai potenziali candidati sulla natura della costituenda società, dato che al predetto avviso non era allegata documentazione inerente lo statuto del costituendo ente, il patto tra azionisti e gli accordi che regolano sia il rapporto contrattuale tra l'ente pubblico ed il partner privato, sia il rapporto tra l'ente pubblico e la società mista (anche queste allegate soltanto alla lettera d'invito).

Sono state rilevate poi alcune incongruenze tra le previsioni dell'avviso pubblico e della lettera di invito, in particolare riguardo alla durata del servizio, atteso che nell'avviso era prevista una opzione di proroga di 12 anni, non confermata nella lettera d'invito; evidenziandosi che una siffatta modifica *in itinere* della *lex specialis* era astrattamente idonea ad incidere sul corretto dimensionamento dei requisiti di partecipazione.

In risposta a tali osservazioni, ENAV ha evidenziato da una lato la difficoltà di pervenire ad una stima puntuale del valore del servizio, talchè esso non era noto all'atto dell'indizione della gara; dall'altro ha affermato che la procedura in esame non era soggetta alla pedissequa applicazione della normativa in materia di concessioni (art. 167, commi 2 e 4, del D.lgs.n. 50/2016) e di criteri di stesura di bandi e avvisi (allegato XIV, Parte 1, lett. C del Codice) richiamata nella nota dell'Autorità a conferma della necessità di quantificare sin dal principio il valore dell'affidamento.

La stessa formulazione dell'allegato XIV, peraltro, (alla lettera 2b, punto 7: l'informazione relativa alla grandezza complessiva delle attività deve essere fornita con il bando "*se nota*") avrebbe indotto la società a fare affidamento sulla possibilità di differire la stima ad un momento successivo, visto che l'indicazione puntuale del valore stimato non era stata ancora elaborata al tempo della pubblicazione dell'avviso.

In merito all'opzione di proroga espunta nel corso del procedimento, ENAV rappresenta che tale modifica non ha avuto alcuna ricaduta sui requisiti di partecipazione, tenuto conto che questi sin dal principio erano stati proporzionati ad una durata della prestazione di 12 anni e che la previsione dell'estensione contrattuale inserita nell'avviso aveva carattere solo facoltativo.

Orbene, alla luce delle suddette controdeduzioni, non possono accogliersi del tutto le argomentazioni prodotte da ENAV in merito alla tardività della stima economica della prestazione e delle informazioni al pubblico sui profili societari, posposte entrambe alla fase di ricezione delle offerte, nonché alle contraddittorie indicazioni sull'opzione di proroga. Tali



Autorità Nazionale Anticorruzione

ritardi e incongruenze, anche quando non abbiano inciso direttamente sul dimensionamento dei requisiti di partecipazione, costituiscono comunque un fattore di opacità degli atti di gara suscettibile di influire sulla partecipazione e sulla opponibilità ai terzi dell'intera procedura. Gli stessi appaiono in contrasto con i principi di trasparenza e pubblicità delle procedure, come declinati anche dall'articolo 167 del Codice dei contratti, che per quanto sopra detto si ritiene applicabile al caso di specie.

Risulta tuttavia comprensibile che, come riferito da ENAV, l'atipicità e peculiarità dell'oggetto della procedura, in quanto *“volta alla costituzione di una società a capitale misto pubblico/privato destinata a sviluppare un nuovo e inedito business dai caratteri oltre modo incerti, in ragione dell'esigenza di gestire tecnologie innovative, complesse ed in rapidissima evoluzione, in un settore di recente nascita ed ancora in fase embrionale”*; e al contempo l'urgenza connessa alle rilevanti implicazioni in termini di *safety*, possano aver indotto la società a pubblicare l'avviso di selezione senza una puntuale declinazione della stima economica, anche alla luce della richiamata formulazione dell'allegato XIV, Parte 1, lett. 2b del Codice.

Per quanto riguarda le informazioni societarie mancanti e le mutevoli indicazioni sull'opzione di proroga, pur valendo le medesime circostanze scusanti, vengono altresì in rilievo le particolari esigenze di trasparenza e pubblicità evidenziate dalla Commissione europea con la Comunicazione interpretativa sopra menzionata. In relazione al c.d. PPP istituzionale, in tale atto la Commissione ha subordinato la possibilità di ricorrere ad un'unica gara “a doppio oggetto” avente ad oggetto, da un lato, l'appalto/concessione e dall'altro il contributo operativo del partner privato, al delinearsi di un preciso quadro di condizioni.

Viene in particolare sottolineata la necessità che tutti i potenziali offerenti abbiano accesso a informazioni adeguate:

- sull'appalto o sulla concessione da affidare alla società mista;
- sullo statuto della società;
- sul rapporto contrattuale tra amministrazione aggiudicatrice e socio privato;
- sul rapporto contrattuale tra amministrazione aggiudicatrice e società mista;
- sulla durata dell'affidamento;
- sulla possibilità e sulle modalità di rinnovo alla scadenza del primo affidamento;
- sulla eventuale modificabilità di condizioni regolate³.

³ *“I principi di parità di trattamento e di non discriminazione implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza (31). Nell'ambito della costituzione di un PPPI questo obbligo implica, secondo la Commissione, che l'amministrazione aggiudicatrice includa nel bando di gara o nel capitolato d'onere informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che dovrà essere costituita, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire. Se l'amministrazione aggiudicatrice applica il dialogo competitivo o la procedura*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ai fini strettamente ermeneutici, vale evidenziare che il predetto indirizzo è stato recepito nell'ordinamento interno con l'art. 17, comma 2, del D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, recante il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", in vigore dal 23 settembre 2016 e applicabile alle società quotate solo ove espressamente previsto. Tale disposizione (che pure non si applica direttamente al caso di specie) prescrive espressamente che la bozza dello statuto e gli eventuali accordi parasociali, nonché gli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante, siano pubblicati sin dall'avvio della procedura, in allegato all'avviso pubblico per la ricezione delle manifestazioni d'interesse.

Alla luce di quanto sopra considerato,

il Consiglio:

ritiene che:

- l'avviso di selezione in esame sia conforme alla normativa vigente per quanto attiene ai termini previsti per la ricezione delle manifestazioni di interesse;
- la dimensione dei requisiti economico finanziari sia correttamente commisurata alla stima del valore della prestazione;
- la stima del valore complessivo del *business plan* presenti margini di incertezza, parzialmente scusabili in relazione alla atipicità dell'oggetto prestazionale, che tuttavia richiedono un attento monitoraggio dell'esecuzione della prestazione, al fine di verificare entità e ammissibilità degli eventuali scostamenti;
- la mancata allegazione all'avviso di selezione di informazioni e documenti sull'entità del *business* e le caratteristiche della società da costituire rappresentano un difetto dell'iter procedimentale rispetto ai principi di trasparenza e pubblicità sanciti dall'art. 4 del D.lgs. 50/2016;

dispone il monitoraggio dell'attività della neo-costituita società D-Flight spa, per la realizzazione dell'infrastruttura e la gestione dei servizi convenzionali;

negoziata, è possibile che una parte di queste informazioni non debba essere stabilita in anticipo ma possa essere individuata nel corso del dialogo o della procedura negoziata con le imprese candidate. Il bando di gara dovrebbe contenere qualche informazione sulla durata prevista dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire.

A parere della Commissione, il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto e di specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti. La documentazione di gara dovrebbe precisare quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione. Le informazioni così fornite devono essere sufficientemente dettagliate da garantire una procedura di gara equa ed efficace" (Commissione Europea, Comunicazione interpretativa in materia di Partenariato pubblico privato istituzionale del 5 febbraio 2008 n. C 2007 6661 art. 2.3.5.)



Autorità Nazionale Anticorruzione

dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera ad ENAC, ENAV Spa, Leonardo Spa, nonché all'autore della segnalazione.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2019

Il Segretario, Maria Esposito