

## DELIBERA N. 494

10 giugno 2020

### Oggetto

Oggetto: Procedura di cessione dell'intero pacchetto azionario della società A3D Airport S.p.a.

### Riferimenti normativi

Decreto legislativo n. 95/2005; art. 70i e segg. del Codice della Navigazione; nell'art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2010; 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

### Motivazione

L'ingresso del socio privato nella cattivagine 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 i centrali di rinnovamento e concessione di servizi,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione  
nell'adunanza del 10 giugno 2020

## DELIBERA

### Considerato in fatto

Ciò che è assunto 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 ABC 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.

Rilevando la questione di particolare rilevanza e tenendo di dover acquisire ulteriori e più puntuali informazioni sulle presunte Irregolarità denunciate relativamente alla gara, con nota prot. n. 37078 del 23/04/2019, l'Autorità decideva di avviare i procedimenti nei confronti della stazione appaltante.

Al momento in cui è stato presentato l'esposto, la società ABC Airport era detenuta al 100% dalla Provincia Autonoma di Bolzano nel corso 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.

Ciò 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 ceduta da Provincia, la Giunta aveva avviato una "Procedura competitiva ed evidenza pubblica indetta ai sensi dell'art. 10, co. 2 del D.Lgs.n. 175/2015 e ss.mm.ii. e dell'art. 2, co. 7 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 ABC 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 al sensi dell'art. 10, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016 e dell'art. 2 del DM 521 del 1997, nonché la procedura assesta al sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016 nonché sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con prot. n. 15270 del 25.02.2019 pervenuto 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 nuovo 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, si 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 (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 prima in successivo corrispondono (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<sup>1</sup>.

- **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 di massimizzazione per permettere una piena valorizzazione economica della partecipazione azionaria, conformemente a quanto disposto dall'art. 10 del D.lgs. n. 175/2006, piuttosto che utilizzare un criterio (quello dell'offerta economica meno vantaggiosa) che andasse ad individuare l'offerta qualitativamente migliore e desse rilevanza ad elementi specificamente tecnici (come, ad esempio, il miglioramento del Piano di sviluppo amministrativo attraverso l'incremento dei ricavi non regolamentari, miglioramento dei costi operativi per passeggeri, 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 regolamentare). Dunque, la Provincia di Bolzano avrebbe operato, evidentemente, una valutazione sui requisiti del concessionario di norma rientranti nella competenza del MIT, in qualità di amministrazione concedente;
- **non congruità del prezzo di vendita.** Il valore iniziale nella base d'asta di euro 3.800.000,00 non sarebbe stato rappresentativo del reale valore del pacchetto azionario posseduto da la Provincia in quanto mancante del valore (di oltre 34 milioni di euro) dei beni gratuiti iniziali dovevi riferiti alle aree aeroportuali. Secondo l'esponente, infatti, "l'aumento totale del valore dei beni gratuitamente devolvibili effettuato nella stima pone tuttavia totalmente incompatibile con le previsioni, nei documenti di gara, dell'imminente rilascio della concessione totale ventennale, fondata sulla deliberazione n. 20/2013 del CdA dell'ANAC. In tal caso, infatti, la "devoluzione gratuita" dei beni a favore del demandante è notoriamente solo all'esito della concessione (tra vent'anni). La stesura della valutazione per quote annuali dei beni gratuitamente devolvibili nell'ambito del rapporto concessorio è, ad esempio, chiaramente esplicita nell'ambito del Piano Economico Finanziario allegato all'istanza per l'affidamento della gestione totale dell'aeroporto".

---

<sup>1</sup> Secondo quanto riportato nella surrogazione "Nella stima del valore della partecipazione la nominata clausola della deliberazione n. 20/2013 del CdA dell'ANAC 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 stessa 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 "patrimonio" pari a soli € 2.598.000 (cfr. ancora pag. 14 della stessa). Tale valore, sommato alle ulteriori voci del patrimonio netto e ridotto per il "valore additivo" 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 totale) pari a soli € 3.500.000,00, addittura inferiore alla liquidità liquida della società, pari - al 31.12.2017 - a € 4.811.614,00 (dato tratto dal bilancio per il 2017, riportato anche nella stessa)".

- **Illegittimità della gara dal punto di vista soggettivo e oggettivo.** La gara sarebbe stata svolta in maniera dei presupposti soggettivi ed oggettivi. Dal punto di vista soggettivo, la Provincia non avrebbe avuto il potere di disporre dell'aeroporto di Bolzano lessendo quindi l'entro un socio appartenente al dominio statalitico e sarebbe mancato l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico finanziaria in capo all'offerente in quanto "il divo qualifica si limita a chiedere l'iscrizione alla Camera di Commercio (senza alcuna previsione in ordine alla progressiva 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 comunica 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 risolvente, 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 su la gara anche all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, che con nota prot. n. 65914 del 14.08.2019 annazzando 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 conguenziale all'ingresso di un socio operativo e non meramente finanziatore. Il rispetto degli obblighi di «l'utilizzo 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 impidibili di alcun tipo".

In data 24.06.2019 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 contatti pubblici essendo stato proposto un ricorso dinanzi al Tar Bolzano<sup>2</sup> 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.

A luce della comunicazione ricevuta dall'estazione appaltante e del giudizio definitosi dinanzi al Tar Bolzano, che non aveva affrontato nel merito le questioni relative alla presunta illegittimità della gara

---

<sup>2</sup> Il giudizio prevedeva dimessi 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�ibili ed in parte inammissibili.

per difesa di legittimitazione dei ricorrenti, l'Autorità decideva di chiedere ulteriori chiarimenti (prml. n. 11997 del 12.02.2020) a la Provincia in quanto "da verifiche successive avviate 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 ruolo da svolto nell'assetto societario, si chiede alla Provincia di Bolzano se sia stata effettuata adeguata verifica della presenza ovvero assenza delle cause di omissione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in capo all'operatore economico aggiudicatario nominato 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 su aggiudicatario della procedura di gestione dell'aeroporto di Bolzano 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 discussione dal punto di vista economico-patrimoniale.

#### Considerato in diritto

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

Questa ultima forma di gestione, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 537/1993 con la quale lo Stato ha riformato i regimi degli aeroporti intorno al modello della gestione totale quale regime concessorio privato, è attualmente una forma di gestione in via di estinzione. Infatti, con D.M. 521/1997, neppure in vigore attuativo della legge 537/1993, è stato introdotto un meccanismo per consentire il passaggio dalla gestione a titolo precario/partial a quella a titolo totale.

A norma dell'art. 7 del citato Regolamento attuativo del d.lgs. 537/1993, 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 beni pubblici e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, della difesa, su istanza da presentarsi da parte delle società richiedenti, entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento, da integrare, entro i successivi sei mesi, con una domanda corredata da un programma di intervento, comprendente piano degli investimenti e del piano economico-finanziario, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 1, comma 7-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 di tipo di conseguire un provvedimento di concessione totale per la durata di massimo quaranta anni, subito sotto alla sottoscrizione da parte dei soggetti interessati di una convenzione o di un contratto di programmazione (da pred sporsi secondo i contenuti di cui alla delibera CPT 24 aprile 1996, recante linee guida per la regolazione dei servizi d'pubblica utilità).

La questione sottoposta all'attenzione de l'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 altra sede di ascio 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, funziona insieme nella rete della Provincia di Bolzano (3/551 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 inviata 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 questo premesso sul regime concesionario 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 Bologna per mezzo della quale con il cambio nella titolarità della proprietà di ABU 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 de la 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 aeroporuale e individuano i compiti del gestore affidatario. In particolare, l'art. 704, comma 2, stabilisce che «il provvedimento concesionario, 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 le normative comunitarie, private idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedimentali fissati da ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione».

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

Più in particolare, il gestore (tra l'altro), organizza l'attività aeroporuale al fine di garantire «efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e di servizi al 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 al art. 3, in ordine al rilascio della concessione di gestione, che «... le disposizioni sì cui all'articolo 704, primo e secondo comma, del codice della navigazione, come modificati da questo decreto legislativo, non si applicano alle concessioni di gestione aeroporuale già rilasciate, anche in base a leggi specifiche, e in ipotesi di delocalizzazione funzionale, esinché ai procedimenti di rilascio delle concessioni 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 10 giugno 2012. Dovranno 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 pronuderà sull'istanza, provvedendo al rilascio della concessione una volta verificato il possesso dei necessari requisiti».

Il d.l. 29/12/2011 n 216, art. 1, comma 2, recava la proroga coi 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 a l'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 a esito di procedura selettiva per ottenere la concessione totale; tuttavia, nell'ultima è stata concessa con legge ad hoc sulla base del d.m. 521/1997 che mira ad una progressiva sostituzione delle gestioni parziali con le gestioni totali. Alla scadere delle convenzioni in corso, si dovrà quindi provvedere all'affidamento della gestione dei vari aeroporti mediante gara pubblica.

La situazione descritta è frutto [fra l'altro] del regime transitorio introdotto dal c. gs. 96/2005.

Come sopra indicato, infatti, l'art. 3, comma 2, di tale decreto ha previsto l'inapplicabilità dell'art. 704 cod. nav. (contenente l'affidamento delle concessioni aeroportuali con procedura di gara) alle concessioni della gestione aeroportuale già rilasciate, nonché ai procedimenti di rilascio della concessione su misura antecedente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ai sensi del DM 521/1997 (procedimenti da condurre 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 esigenza pubblica, configurando in particolare uno speciale "salvacondotto" per il gestore (gestore parziale anche a titolo precario) degli aeroporti che abbia presentato l'istanza di concessione totale entro la data di entrata in vigore del citato decreto. Si tratta comunque di una norma di carattere eccezionale (per il gestore) rispetto all'obbligo di sottostituire la procedura di gara ai sensi dell'art. 704 : iii), voluta a tutelare la posizione del soggetto già titolare della concessione o che abbia presentato l'istanza per ottenerne 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 derogatoria considera che questo diviso sia a vantaggio dei gestori e non legato oggettivamente alla concessione.

Stando al 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 l'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 intutano l'assetto della proprietà del capitale sui altri, il citato regime derogatorio non appare più applicabile, configurandosi in tal caso un "vacuum" affidamento della concessione aeroportuale in quanto assegnate a un diverso gestore.

Si ritiene quindi che la nozione soggettiva del gestore, nel senso sopra indicato, renda non applicabile 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.

S'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 mob e alla "normativa comunitaria" vigente al momento dell'applicazione della medesima direttiva, 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 sfera di applicazione.

In fatti, in essenza del cd. principio di autosufficienza della codificazione (cfr. art. 1 co. 1 lett. d del d.lgs. 50/2016) il d.lgs. 50/2016 determina, con precise disposizioni, il suo ampio oggettivo di applicazione, specificando le tipologie di contratti esclusi (ctr. titolo II del d.lgs. 50/2016; in particolare artt. 17 e 18) i cui contenuti esclusionali specifiche per alcune tipologie di concessioni di servizi) e prevede norme peculiari per i punti di concessione (cfr. 178 c.c. gen. 50/2016 sulle concessioni autostradali), da nessuna delle quali è evincibile una riservazione per la tipologia, particolarmente complessa, delle concessioni di gestione aeroportuali. Ne consegue l'applicabilità delle predette concessioni al riporto ipso facto dettata dal Codice (TAR Catanzaro, n. 59/2017)3.

Deriva da quanto sopra che la dicitura concessione di gestione aeroportuale debba essere affidata in vigore del d.lgs. 50/2016, la relativa procedura di gara deve necessariamente seguire le disposizioni ivi previste in termini 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 finalizzata all'assegno della concessione totale della gestione dell'aeroporto, quindi destinata a produrre effetti sul titolo della concessione in capo al "gestore - varietà pubblica ABU" va distinta dalla procedura successivamente indetta dall'ente proprietario (la Provincia di Bolzano) per la dismissione del pacchetto azionario della stessa ABU che avrà, come effetto, il subentro di un "diverse soggetto" – il privato acquirente/aggiudicatario – non solo nella titolarità del pacchetto azionario della società ABU ma anche nella titolarità della concessione di gestione dell'aeroporto. In sostanza per effetto di una procedura di gara, come si evince dalla sindacata disponibile della legge specialis, l'aggiudicatario subentrerà al socio unico pubblico sia nella proprietà della società, sia nella gestione delle attività demandate all'ABU, come individuate nel suo oggetto sociale e nell'art. 705 cui si è 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 quanto, posto che, come sopra evidenziano, 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 proverrà a tale gestione.

Nella fattispecie, invece, il soggetto giuridico che ha presentato istanza nel 1999 per la concessione totale (ABU in varietà pubblica) è diverso da l'aggiudicatario della gara (il privato aggiudicatario/acquirente), in sostanza 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.

E' con questo rappresentato, infatti, la gara avviata sulla base della delibera d. 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 richiamava, infatti l'art. 10, comma 2, del d.lgs 175/2015 il quale dispone che l'alienazione delle partecipazioni deve essere effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione). Ma tale acciuisizione azionaria avrà come effetto anche i subentri dell'ingegnidicattario nella gestione della concessione (totale dell'aeroporto, svolgendo di fatto le attività demandate al gestore delle disposizioni di riferimento e percependo tutte le entrate ricavabili dall'esercizio aeroportuale); in cui unico riguarda specifica, infatti, che il concessionario sussentrante sottoscriverà la convenzione di gestione totale.

3. L'altra ipotesi di sollecitare un socio privato che si occupi anche della gestione dell'aeroporto.

Pertanto, avendo tale sezione l'effetto di far subire nell'concessione un soggetto giuridico diverso dall'attuale gestore, la legge civile avrebbe dovuto prevedere – oltre all'aspetto re attivo alla vendita del pacchetto azionario – anche aspetti riferibili alla gestione dell'aeroporto<sup>15</sup>.

A conforto delle considerazioni svolte, sembra opportuno evidenziare che la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/12/2009 n. 8376), ancor più con specifico riferimento alle previsioni dell'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 163/2005, oggi sostituito dall'art. 5, comma 9, del d.lgs. 30/2016, dopo aver ribadito che sussiste l'obbligo di indicare una procedura di gara nell'ipotesi in cui una società a partecipazione pubblica apra il proprio capitale all'aeroporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria (l'irrendito di quote e di aumento di capitale), ha evidenziato che l'obbligo è tanto più stringente nel caso in cui risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione, a scostanza, ogniqualvolta – attraverso il ricorso ad un operazione di carattere straordinario destinata a mutare la compagnia di una società che non abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico – si pervenga al ricorso di var vita a una società mista oppure, a temetivamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato, allora si realizzerà in via deviata anche un diverso affidamento del servizio pubblico.

Il giudice amministrativo aggiunge che l'affidamento di un servizio, quando anche realizzato attraverso la costituzione, originaria o successiva, di una società mista con socio privato operativo, è un'attività sempre connotata da autorità e 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 d'ezidienza pubblica, governate dai principi del diritto interno e soprattutto, in effetti, qualora detta socio non sia un mero finanziatore, ma presenti le

<sup>15</sup> Si veda ad esempio il bando per l'affidamento in concessione totale dell'aeroporto di Paribella incetta da Erac, e pubblicato sul sito dell'Anac, in quale l'importo a base di gara è stato determinato ai sensi dell'art. 167 del Codice, tenuto conto dell'insieme dei proventi da gestione sulla base di una linea di traffico coerente con l'attuale capacità dell'aeroporto e della durata della concessione, nonché dei canoni sui-concessionari. Si spieghi inoltre che l'affidamento in concessione della gestione totale dell'aeroporto avviene 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 amministrazione 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 i controlli nelle attività dei diversi operatori privati al operanti.

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'uffidamento.

Ricorre pertanto l'esigenza di osservare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e correttezza immanente in ogni vicenda in cui si abbia l'attribuzione all'uffidamento del circuito pubblicistico, di om'ibilità 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, aspirando potrebbero determinarsi gravi elusioni del principio di legalità e delle previsioni dell'art. 97 Cost., dunque, anche l'attività amministrativa volta a la costituzione ed alla gestione di società di capitali, ogniqualvolta essa si risulta 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, 19/12/2009 n. 8376; in Lemini Consiglio di Stato sez. V 28/9/2016 n. 4014).

Sulla base dei considerazioni che precedono è possibile affermare che nel caso di specie, l'ingresso del socio privato nel consorzio societario 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 fallispecie non sembra inquadrarsi, infatti, in un semplice negozio di compravendita di azioni della società pubblica ABU ma la stessa attiene anche alla prosecuzione dell'attività connessa alla concessione aeroportuale. In capo a soggetto diverso, e quindi al suo affittuario, come conseguenza di un'operazione sui criteri straordinaria di vendita di azioni.

Gli atti della procura di gara, pertanto, avrebbero dovuto prevedere anche aspetti relativi alla gestione dell'aeroporto da parte dell'affittuario, qualificato come socio operativo che partecipa alla gestione dell'aeroporto.

Di tali documenti, invece, sembrano essenzialmente dretti 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'imparto dell'affidamento (che non contempla tali aspetti ma solo la vendita del pacchetto azionario) ed ai correlati aspetti del criterio di agglutinazione, dei requisiti di partecipazione dei concorrenti alla gara e dell'imposta delle garanzie di rivulte. In relazione a tali profili, i documenti di gara non scirivono il quale coerenza 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 incarico al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera alla Provincia Autonoma di Bolzano.

Il Presidente F.f.

Francesco Merloni

FRANCESCO  
MERLONI  
ANAC  
18.06.2020  
12:23:15  
UTC

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

ROSETTA  
GRECO  
18.06.2020  
13:41:45 UTC

