Pubblicato il 11/01/2018

**N. 00123/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 00778/2017 REG.RIC.**

**R E P U B B L I C A  I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 778 del 2017, proposto da:
Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

***contro***

S.A.G.A.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Serena Cancellara, Elio Manica e Paolo Borrelli, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Viel in Roma, via Ottaviano, 66

***per la riforma della sentenza del T.A.R. della Calabria, Sezione I, n. 75/2017***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della S.A.G.A.S. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Fedeli l'Avvocato Serena Cancellara e l'Avvocato Paolo Borrelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con determinazione n. 87345 del 24 agosto 2016 l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile s.p.a. (d'ora in poi ENAC) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione della gestione totale degli aeroporti di Reggio Calabria e di Crotone per una durata trentennale e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 2 settembre 2016 e sul sito Internet dell'ENAC richiamava la Direttiva 2014/23/UE (c.d. '*Direttiva concessioni*') e il disciplinare di gara (punto1.1.) indicava quale normativa di riferimento: *i*) l'articolo 704 del Codice della Navigazione; *ii*) il D.M. 12 novembre 1997, n. 521 ('R*egolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, con cui è' stata disposta la costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato*') ove applicabile; *iii*) "*le disposizioni della Direttiva 2014/23/UE come recepite nel decreto legislativo 10 aprile 2016 n. 50, in quanto applicabile, nel rispetto dei principi comunitari di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, economicità, efficacia, tempestività, correttezza*" nonché; *iv*) la l. 7 agosto 1990, n. 241, "*ove applicabile*".

Nel bando veniva specificato che il concessionario avrebbe avuto il compito di "*amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali*" in oggetto; che la gara sarebbe stata articolata in due lotti, corrispondenti ai due aeroporti – entrambi qualificati come "*di interesse nazionale*" dal d.P.R. 17 settembre 2015, n. 201.

Sempre nel bando, venivano indicati i criteri di valutazione dell'offerta e i rispettivi punteggi assegnabili (strategie societarie finalizzate allo sviluppo dell'attività aereoportuale e previsioni di traffico per il periodo concessorio: 30 punti; piano degli investimenti trentennali: 30 punti; progetto della struttura organizzativa che sarà resa disponibile dal concorrente ai fini della gestione della infrastruttura aereoportuale oggetto di concessione: 20 punti; piano economico-finanziario: 20 punti) e la riserva in capo all'Amministrazione concedente di "*aggiudicare le concessioni combinando i lotti*", secondo quanto indicato ai punti 2.2. e 9 del disciplinare.

In particolare, per quel che rileva in questa sede alla luce delle doglianze sollevate dalla ricorrente, il punto 2.2. del disciplinare di gara, richiamata la suddivisione in due lotti dell'oggetto di gara, stabiliva che: "*sarà data preferenza al concorrente che abbia presentato offerta per entrambi i lotti anche se l'offerta per ciascun lotto ha ottenuto un punteggio inferiore a quello attribuito ad altri concorrenti, purché entrambe le offerte risultino idonee e convenienti in relazione all'oggetto della concessione. In caso di più concorrenti che abbiano presentato offerte idonee e convenienti per entrambi i lotti, sarà data preferenza a quello che abbia riportato un punteggio complessivo (dato dalla somma dei punteggi totali conseguiti per ciascun lotto) maggiore*".

La *lex specialis* di gara non recava l'indicazione del valore stimato della concessione. Tale valore era invece indicato unicamente nella scheda

anagrafica pubblicata *www.portaletrasparenza.anticorruzione.it*, dove si precisava che per il lotto 1 (aeroporto di Reggio Calabria), il valore a base d'asta era di euro 2.610.000,00 e che per il lotto 2 (aeroporto di Crotone) il valore a base d'asta era di euro 930.000,00.

La ricorrente in primo grado (società per azioni a totale partecipazione pubblica che opera nel settore aeroportuale) impugnava quindi dinanzi al Tribunale amministrativo della Calabria il bando di gara (di cui lamentava sotto diversi profili l'illegittimità) nonché – con atto di motivi aggiunti – il provvedimento dell'ENAC del 18 ottobre 2016 con cui era stata disposta la sua esclusione dalla gara.

Con la sentenza n. 75 del 2017, oggetto della presente impugnativa, il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso e annullava conseguentemente gli atti impugnati.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dall'ENAC il quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi di doglianza.

Si è costituita in giudizio la SAGAS la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 865 del 2 marzo 2017 è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso proposto dall'ENAC - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – (la quale aveva indetto un bando di concessione degli aeroporti di Reggio Calabria e di Crotone) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale

della Calabria con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla SAGAS e, per l'effetto, sono stati annullati gli atti della gara.

2. In primo luogo il Collegio deve valutare la rilevanza ai fini del decidere della memoria della SAGAS in data 13 novembre 2017.

Con la memoria in questione l'appellata ha rappresentato che l'assemblea dei soci tenutasi il giorno 23 ottobre 2017 aveva deliberato "*[la] rinuncia all'azione e agli atti processuali attinenti al contenzioso relativo al giudizio davanti al Consiglio di Stato portante* RG *778/2017 CdS V Sez. relativo all'impugnazione della sentenza del TAR Calabria n. 75/2017 – Reg. Ric. 11790/2016, dando specifico mandato in tal senso al Presidente del CdA ai fini del deposito in giudizio di detta rinuncia*".

E' evidente tuttavia che tale atto, al quale si è integralmente riportata l'appellata in sede di udienza di discussione, non comporta l'improcedibilità del ricorso, dal momento che la SAGAS non è ricorrente in appello e non ha quindi la disponibilità del relativo rapporto processuale.

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2017 il Collegio ha richiesto alla SAGAS se la dichiarazione di cui sopra fosse da intendere quale rinunzia al ricorso di primo grado e agli effetti (favorevoli) della sentenza appellata, ma da parte della SAGAS è stata data risposta negativa.

Ne consegue che della ridetta dichiarazione non possa tenersi conto ai fini di una decisione di carattere processuale.

Il ricorso in appello deve quindi essere deciso nel merito.

3. Con il primo motivo di appello l'ENAC chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui il primo Giudice ha dichiarato l'illegittimità degli atti di indizione della procedura all'origine dei fatti

di causa a cagione della mancata indicazione nel bando del valore della concessione.

Secondo il Tribunale amministrativo, la mancata indicazione di tale valore nell'ambito della *lex specialis* di gara avrebbe determinato una violazione dei principi di pubblicità e trasparenza di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

L'ENAC lamenta che la sentenza è viziata per plurimi profili di violazione di legge, per errore nei presupposti di fatto e di diritto, nonché per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

3.1. Il motivo è fondato, dovendosi ritenere che, in sede di indizione della procedura per cui è causa, l'ENAC non abbia violato le pertinenti previsioni del *Codice degli appalti pubblici* (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Al riguardo la sentenza è meritevole di riforma per aver stabilito (e in modo contraddittorio) che

- pur non potendo trovare applicazione nel caso di specie l'articolo 167, comma 1, del *Codice* (il quale impone invero la puntuale indicazione nel bando del valore stimato della concessione, ma limitatamente alle concessioni 'sopra soglia')
- nondimeno tale obbligo sarebbe desumibile anche per le concessioni sotto-soglia, quale quella che qui rileva, alla luce del generale principio di trasparenza fissato dall'articolo 30 del medesimo *Codice*.

L'argomento logico è intrinsecamente contraddittorio per due ragioni.

In primo luogo perché se la legge avesse inteso stabilire che la puntuale indicazione del valore stimato della concessione è un

corollario del principio di trasparenza di cui all'articolo 30, avrebbe dovuto indicarlo espressamente nel medesimo articolo.

In secondo luogo perché se fosse vero che tale indicazione è un principio generale applicabile per qualunque tipologia di concessione (e a prescindere dal suo carattere sopra-soglia o sotto-soglia) non avrebbe avuto senso la scelta della legge di fissare tale obbligo nell'ambito di una disposizione che si occupa degli affidamenti sopra soglia (quale l'articolo 167) e di non farne menzione nell'ambito della disposizione che si occupa dei princìpi applicabili agli affidamenti sotto-soglia (quale l'articolo 30).

Inoltre, negli affidamenti di concessioni sotto-soglia il richiamo legislativo al generale principio di trasparenza va essere inteso nel senso che la legge di gara deve porre i concorrenti in condizione di formulare un'offerta consapevole e documentata, disponendo a tal fine dei dati necessari.

Da questa corretta impostazione della questione, consegue che l'Ente ha effettivamente posto a disposizione dei concorrenti un adeguato novero di informazioni e che, in relazione alle circostanze del caso di specie, non è violato il richiamato principio di trasparenza.

Infatti l'Ente ha pubblicato (*inter alia*) il dato relativo all'andamento dei canoni concessori degli ultimi anni, nonché il complessivo massimo trentennale (sia pure, ai fini del calcolo del contributo dovuto all'ANAC).

Si tratta di un complesso di informazioni che consentivano ai concorrenti di stimare in modo adeguato il complesso dei corrispettivi dei servizi oggetto di concessione, secondo una logica assimilabile a quella che, per gli affidamenti sopra-soglia, è fissata dall'articolo 167 del *Codice*.

3.2. La sentenza va dunque sotto i richiamati aspetti riformata.

4. Con il secondo motivo l'ENAC ha chiesto la riforma della sentenza per avere stabilito che il criterio di preferenza fissato dalla legge di gara in favore del concorrente che partecipasse per entrambi i lotti violava il principio codicistico di *favor* per la partecipazione alle pubbliche selezioni da parte delle PMI (del quale la suddivisione in lotti è una puntuale applicazione).

4.1. Il motivo merita accoglimento e la sentenza va riformata per avere attribuito al *favor* per le PMI e all'obbligo di suddivisione in lotti un pieno valore precettivo (insuscettibile di modulazioni) e non una valenza di principio, adattabile alle peculiarità del caso in esame.

Al riguardo vale osservare:

- che il principio della suddivisione in lotti costituisce in effetti il tipico (e forse i principale) strumento volto a garantire la più agevole partecipazione alle gare da parte delle PMI ma non rappresenta un precetto inviolabile;
- che il principio di 'equa partecipazione' delle PMI agli affidamenti di concessioni di cui al considerando 4 della Direttiva 2014/23/UE sta a indicare l'obbligo per le amministrazioni di favorire in massimo grado la partecipazione da parte delle PMI, ma pur sempre in un quadro di adeguatezza, proporzionalità ed efficienza economica;
- che, coerentemente, la 'Direttiva concessioni' (le cui previsioni sono state recepite dal nuovo *Codice dei degli appalti pubblici* del 2016) consentono di modulare o derogare l'obbligo di suddivisione in lotti, rispettando tuttavia – con l'obbligo, per la stazione appaltante, di motivare la decisione di non suddividere gli appalti in lotti - il c.d. criterio del *conformati o spiega* (*apply or explain*), in base al quale le amministrazioni debbono dar corso alla suddivisione in lotti oppure

motivare adeguatamente le ragioni di convenienza economica che giustificano la mancata suddivisione – cfr.art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016, peraltro successivo alle norme che qui vanno applicate-);

- che nel caso in esame, l'amministrazione ha esplicitato in modo ben persuasivo le ragioni secondo cui la gestione dei due aeroporti calabresi rispondesse a logiche di efficienza economica e di migliore allocazione delle risorse, sì da consentire di derogare in modo del tutto adeguato – e quindi legittimo - al richiamato principio della suddivisione in lotti.

Non possono quindi essere condivisi gli argomenti su cui si è fondato il primo Giudici, il quale ha fatto un'applicazione sostanzialmente meccanicistica del richiamato principio della suddivisione in lotti, senza parametrarne gli assunti in relazione alle peculiarità del caso di specie.

4.2. Anche sotto tale aspetto, quindi, la sentenza in epigrafe è meritevole di riforma.

5. Per le ragioni esposte il ricorso in epigrafe deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe deve essere dichiarata l'infondatezza del ricorso di primo grado.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellata alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila) per il doppio grado, oltre gli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

| | |
|---|---|
| **L'ESTENSORE** | **IL PRESIDENTE** |
| **Claudio Contessa** | **Giuseppe Severini** |

IL SEGRETARIO