



.....OMISSIS.....

Oggetto

Progetto di integrazione industriale tra società di gestione aeroporti regionali - Art. 5, comma 9, d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere

FUNZ CONS 24/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 9 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 19356, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 24 maggio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene ad un progetto di integrazione industriale tra le società di gestione dei diversi aeroporti dellaOMISSIS....., come descritto nell’istanza di parere e alla possibilità, per l’amministrazione istante (titolare del 94,25% del capitale sociale diOMISSIS....., di sottoscrivere in tale ambito, un aumento di capitale dellaOMISSIS..... (.....OMISSIS.....), mediante conferimento delle azioni detenute dall’ente camerale nella societàOMISSIS..... L’amministrazione istante intende acquisire l’avviso dell’Autorità in ordine alla conformità della descritta operazione alla disciplina in tema di alienazione/acquisto di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche e di costituzione di società miste (art. 5, comma 9 del d.lgs. 50/2016, artt. 5, 7 comma 5, 10 comma 2, 17 del d.lgs. 175/2016, d.m. 521/1997), nonché in ordine all’unicità e infungibilità dell’operatore economico con il quale intende concludere la predetta operazione, che giustificerebbe la deroga al principio dell’evidenza pubblica, previsto nelle norme citate.

In relazione al quesito sopra illustrato, deve evidenziarsi che lo stesso, per come formulato, non attiene propriamente alla materia degli appalti pubblici. L’alienazione di partecipazioni di società a partecipazione pubblica può rilevare ai fini del d.lgs. 50/2016, limitatamente al caso in cui al passaggio delle azioni consegua altresì la gestione del bene/servizio pubblico, cui la società eventualmente interessata è deputata.

Si osserva al riguardo, per quanto di competenza di questa Autorità e quale indicazione di carattere generale, che ai sensi dell’art. 5, comma 9, del d.lgs. 50/2016, «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». A tale disposizione rinvia l'art. 7, comma 5 del d.lgs. 175/2016 per l'individuazione del socio privato della società mista.

La disposizione dell'art. 5, comma 9, del Codice sopra citata, in continuità con il previgente art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006, sancisce quindi 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 attraverso un'operazione di vendita di quote o di aumento di capitale. Tale obbligo è tanto più stringente nel caso in cui risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione di un servizio pubblico.

Secondo il giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sentenza n. 4014, 8.9.2016) infatti «l'ambito di applicazione della disposizione in questione (da ultima trasfusa nel comma 9, dell'articolo 5, del d.lgs. n. 50 del 2016), stante la sua evidente valenza di principio, non può ritenersi limitato, in senso "statico" al solo momento della costituzione della società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi in cui venga in rilievo l'alienazione di partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione pubblica nell'ambito di una società che già risulti a composizione mista. Lo stesso Consiglio di Stato nella citata sentenza, evidenzia come l'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione delle quote sociali detenute in una società mista risponda ad un *principio di ordine pubblico economico presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione dei potenziali concorrenti*. In passato l'Autorità con delibera CP-20 del 12.11.2014 aveva precisato che in caso di società costituita per la gestione di un servizio pubblico deve comunque escludersi che un privato attraverso l'acquisto successivo dell'intero pacchetto di maggioranza possa acquisire l'affidamento del servizio stesso, senza il previo esperimento di un confronto concorrenziale, nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto il servizio (...)» (Anac delibera n. 189/2018).

L'Autorità, inoltre, in relazione alle società deputate alla gestione aeroportuale, dopo aver osservato che ai sensi del d.m. 521/1997, le stesse sono costituite come società a capitale misto pubblico-privato nei termini ivi previsti, ha evidenziato (tra l'altro) che in ordine alla dismissione di partecipazioni di società pubbliche, il d.lgs. 175/2016, risulta «sancire inequivocabilmente l'obbligo di rispettare i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione nella scelta del socio privato. In particolare l'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prescrive che la scelta del socio privato di società miste debba svolgersi con procedure di evidenza pubblica, in presenza di una disposizione di legge che autorizzi la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio. Sotto il profilo della concorrenza per il mercato, l'indizione di una procedura di evidenza pubblica è comunque preferibile alla trattativa privata ai fini dell'individuazione del partner più adeguato a collaborare con il socio pubblico alla gestione di società titolari di concessionari aeroportuali. È stato evidenziato inoltre come la vendita di un bene pubblico, come è la partecipazione azionaria, debba avvenire secondo *rigorose procedure aperte e trasparenti volte ad individuare l'acquirente in possesso di tutte le caratteristiche e requisiti necessari per contrarre con una pubblica amministrazione*. In ambito comunitario si richiama sul punto la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (5 febbraio 2008, C-2007/6661) "Nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. *Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia*". L'obiettivo di tali disposizioni è permettere a tutti gli operatori economici interessati di concorrere all'aggiudicazione di appalti

pubblici e concessioni a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando in tal modo la qualità di questo tipo di progetti e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza» (delibera n. 189/2018 cit.).

Pertanto, secondo l'avviso dell'Autorità, in caso di società costituita per la gestione di un servizio pubblico, deve comunque escludersi che un privato, attraverso l'acquisto successivo di azioni, possa conseguire l'affidamento del servizio stesso, senza il previo esperimento di un confronto concorrenziale, nel rispetto dei principi del diritto comunitario sopra richiamati.

Deve quindi ribadirsi che nell'assetto normativo in materia di contratti pubblici, è fissato l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato della società mista, nonché ai fini dell'alienazione di partecipazioni detenute in società da parte delle amministrazioni di riferimento (così Anac delibera n. 172/2018).

Invero, nell'istanza di parere si fa riferimento alla "infungibilità" dell'operatore economico con il quale l'amministrazione istante intende concludere l'operazione societaria sopra indicata. Infungibilità che giustificerebbe la deroga all'evidenza pubblica.

Si osserva al riguardo, quanto alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, che tale ipotesi è contemplata all'art. 63, comma 2, lett. b), ai fini dello svolgimento di una procedura negoziata senza bando «quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni ...2) la concorrenza è assente per motivi tecnici. Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto».

Per effetto di tale disposizione, «è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata – e nel caso di unico operatore presente sul mercato all'affidamento diretto – se il bene oggetto della fornitura sia infungibile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8588; VI, 13 giugno 2019, n. 3983; III, 18 gennaio 2018, n. 310). In tale condizione, infatti, per l'assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta alla concorrenza sarebbe un inutile spreco di tempo, contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; V, 30 aprile 2014, n. 2255)» (Cons. Stato n. 7239/2020).

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara «riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza; in caso di forniture e servizi caratterizzati da "infungibilità" ovvero "esclusività", la scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara richiede quindi un "particolare rigore" nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'Amministrazione affidante dimostrarne l'effettiva esistenza (Cons. Stato, Sez. VI, 13.6.19, n. 3983 e Sez. III, 18.1.18, n. 310; v. anche Linee Guida Anac n. 8 e Corte UE, 8.4.08, in C-337-05)» (TAR Lazio n. 12735/2019).

L'operatore economico pertanto non può essere ritenuto "l'unico" in grado di offrire un determinato bene, sulla base di una valutazione di convenienza dell'amministrazione aggiudicatrice, ma l'infungibilità del bene deve essere oggettiva, derivare cioè dall'assenza di concorrenza dovuta a "motivi tecnici", come richiesto dal legislatore. Come evidenziato dalla direttiva 2014/24/UE, al considerando n. 50, «L'esclusività (ricorrente in caso di un solo operatore oggettivamente in grado di eseguire l'appalto, n.d.s.) può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della

futura gara di appalto». Pertanto, determinando l'infungibilità, una deroga all'evidenza pubblica, occorre che la stessa sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione (linee guida n. 8, cui si rinvia).

Dunque, in presenza della reale infungibilità del bene offerto, alle tassative condizioni previste dall'art. 63, comma 2, lett. b) del Codice, è consentito alla stazione appaltante procedere all'affidamento di un contratto mediante procedura negoziata senza bando, in deroga all'evidenza pubblica, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre.

Per quanto di interesse ai fini del parere, una deroga all'evidenza pubblica è altresì contemplata nel d.lgs. 175/2016, all'art. 10, nel quale, dopo aver ribadito che «L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione», aggiunge che «In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto».

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha osservato che il comma 2 dell'articolo 10 del d.lgs. 175/2016, «per la cessione delle partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, prevede espressamente procedure che rispettino i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. Va osservato che la medesima norma ammette l'alienazione per assegnazione diretta *solo per casi eccezionali*, che l'Ente locale deve debitamente motivare dando "analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita"» (AS1587/2019).

La deroga alla regola dell'evidenza pubblica per la vendita di partecipazioni ha dunque carattere eccezionale, tanto che la predetta Autorità ha aderito ad una interpretazione restrittiva della norma che la contempla, affermando che la cessione deve avvenire secondo procedure concorrenziali e aperte, al fine di valorizzare in modo più efficace i beni pubblici da alienare, in quanto patrimoni collettivi (parere n. 5246/2019).

Si evidenzia al riguardo che precipue competenze di verifica e controllo in ordine all'attuazione delle disposizioni del d.lgs. 175/2016, sono previste in capo alle autorità indicate nello stesso TUSP, con particolare riguardo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 5) e alla specifica struttura presso il MEF (art. 15). In relazione all'affidamento della gestione degli aeroporti, specifiche attribuzioni competono inoltre all'ENAC e al MIT.

Pertanto il presente parere è reso per quanto di competenza di questa Autorità, con particolare riguardo alle disposizioni del d.lgs. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato

Avv. Giuseppe Busia

Originale firmato digitalmente