

Concessioni aeroportuali e nuovo codice dei contratti pubblici. Violazione del principio di trasparenza ed illegittimità del bando.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 20-1-2017

1) *L'art. 167, D. Lgs. 50/2016 costituisce una innovazione normativa nodale della disciplina complessiva delle concessioni, poiché consente -mediante l'obbligo informativo analitico sul "metodo di calcolo del valore stimato", posto in capo al concedente, a cui favore gioca l'asimmetria cognitiva in relazione ai servizi messi a gara- la formulazione di una consapevole proposta di progetto, che come tale sia idonea a perseguire l'equilibrio economico finanziario in cui si sintetizza lo "scambio" contrattuale tra impresa e amministrazione.*

2) *In osservanza del cd. principio di autosufficienza della codificazione (cfr. art. 1 co. 1 lett. d della Legge delega 11/2016), il D. Lgs. 50/2016 determina, con precise disposizioni, il suo ambito oggettivo di applicazione, specificando le tipologie di contratti esclusi (cfr. titolo II del D. Lgs. 50/2016; in particolare artt. 17 e 18 concernenti esclusioni specifiche per alcune tipologie di concessioni di servizi) e prevede norme peculiari per particolari concessioni (cfr. 178 D. Lgs. 50/2016 sulle concessioni autostradali), da nessuna delle quali è evincibile una esclusione per la tipologia, particolarmente complessa, delle concessioni di gestione aeroportuali".*

3) *L'art. 35 D. Lgs. 50/2016, in attuazione dell'art. 8 par. 1 della Direttiva 2014/23/UE e salvo l'aggiornamento delle relative soglie intanto sopravvenuto per effetto dei provvedimenti a cadenza biennale adottati dalla Commissione Europea, stabilisce che le disposizioni del codice si applicano solo ai contratti pubblici -ivi comprese le concessioni di servizi come definite dall'art. 1 lett. vv, per le quali non pone sub-articolazioni quantitative ulteriori- il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alla soglia di 5.225.000.*

4) *Ai contratti sotto soglia restano applicabili i principi di cui all'art. 30, comma 1, nonché quello di rotazione e di favor participationis delle microimprese, piccole e medie imprese, giusta l'art. 36 D. Lgs. 50/2016.*

5) *L'omessa indicazione del valore stimato nel bando di gara viola il principio fondamentale di pubblicità e trasparenza, espressamente richiamato dallo stesso art. 30, D. Lgs. 50/2016 -che*

per gli adempimenti pubblicitari rinvia “alle modalità indicate nel presente codice”, artt. 72 e 73 D. Lgs. 50/2016- poiché l’indicazione del valore economico dell’oggetto messo a gara costituisce un elemento essenziale del relativo bando.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1170 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

S.A.G.A.S. Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Borrelli C.F. BRRPLA80C17E435L, con domicilio eletto presso Giuseppe Pitaro in Catanzaro, via F.Acri, 88;

contro

Ente Nazionale Per L' Aviazione Civile Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

per l'annullamento:

-quanto al ricorso principale del bando di gara adottato da ENAC s.p.a. avente ad oggetto l' affidamento in concessione della gestione totale degli aeroporti di Reggio Calabria e di Crotone;

- quanto al ricorso per motivi aggiunti, del provvedimento ENAC s.p.a. numero 010 7225 del 18 ottobre 2016 di non ammissione della società ricorrente alla gara in oggetto nonché del verbale di seduta pubblica del 12 ottobre 2016; del verbale di seduta pubblica del 18 ottobre 2016; della determinazione ENAC del 24 agosto 2016 numero 00 87345.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Ente Nazionale Per L' Aviazione Civile S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2016 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1 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 Crotona per una durata trentennale e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2 Il bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 2 settembre 2016 e sul sito web www.enac.gov.it nella sezione "bandi e gare" richiama la Direttiva 2014/23/UE e il disciplinare di gara (punto 1.1.) indica quale normativa di riferimento l'art. 704 del Codice della Navigazione, il DM 521/1997 ove applicabile, "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 la L. 241/90 "ove applicabile".

Nel bando viene specificato che il concessionario avrà il compito di "amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali" in oggetto; che la gara è articolata in due lotti, corrispondenti ai due aeroporti – entrambi qualificati come "di interesse nazionale" dal DPR 17 settembre 2015 n. 201. Sempre nel bando, vengono indicati i criteri di valutazione dell'offerta e i rispettivi punteggi assegnabili (strategie societarie finalizzate allo sviluppo dell'attività aeroportuale 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 aeroportuale 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, così statuisce: "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, purchè 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".

Né nel bando di gara, né nel disciplinare vi è l'indicazione del valore stimato della

concessione; esso è invece indicato unicamente nella scheda anagrafica pubblicata – non il 2, ma il 6 settembre 2016, sul sito web www.portaletrasparenza.anticorruzione.it, dove si precisa che, per il lotto 1 aeroporto di Reggio Calabria, il valore a base d'asta è di euro 2.610.000,00 e che, per il lotto 2 aeroporto di Crotona, il valore a base d'asta è di euro 930.000,00.

1.3 La ricorrente è una società per azioni a totale partecipazione pubblica (Comune di Crotona, Comune di Isola di Capo Rizzuto, Regione Calabria), ed opera nel settore, avendo ad oggetto sociale, come si evince anche dalla sua denominazione, la “gestione dell'aeroporto civile Sant'Anna di Crotona ed ogni operazione che abbia attinenza anche indiretta con la stessa”.

2. Con il ricorso introduttivo ha impugnato il bando di gara, dolendosi, in sintesi:

a) della mancata indicazione nella lex specialis sia del valore stimato dell'oggetto della concessione che, soprattutto, dei criteri di determinazione della predetta stima, omissione qualificata come violazione di legge con riferimento all'art. 167 del D.lgs. 50/2016 (censura indicata nel ricorso introduttivo al par. IV);

b) della violazione dei principi di concorrenza, di par condicio, del favor participationis delle imprese medie e piccole, della violazione di legge con riguardo agli artt. 2, 30, 164 del D.lgs. nonché dei criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsti dall'art. 95 del medesimo decreto ed eccesso di potere, per irragionevolezza illogicità e disparità di trattamento, poiché, essendo previsto nel punto 2.2. del disciplinare di gara – sopra riportato -un criterio di preferenza assoluta per il concorrente che presenti offerta per entrambi i lotti oggetto di gara, anche a “discapito della valutazione del merito tecnico” delle singole offerte presentate invece da chi partecipi ad un lotto soltanto, verrebbe impedita la formulazione di una seria offerta da parte delle imprese medie e piccole, la cui partecipazione è così solo astrattamente agevolata dalla suddivisione in lotti (motivi indicati ai par. II e III del ricorso introduttivo);

c) dell'eccessiva restrizione dei requisiti di ammissione economico-finanziari per la presentazione di offerte per entrambi i lotti o per il lotto di Reggio Calabria, essendo prevista una soglia minima di capitale non inferiore a euro 3.098.741,00, con violazione degli artt. 2, 30 e 164 del D.Lgs. 50/2016 (motivo dedotto -unitamente a quello sintetizzato sub b- nel par. II del ricorso introduttivo);

3. Si è costituita l'ENAC spa in data 21 ottobre 2016, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. In pendenza di giudizio, è stata disposta la non ammissione alla gara della S.A.G.A.S. spa, odierna ricorrente che aveva formulato offerta per il lotto 2 costituito dalla gestione dell'aeroporto di Crotona, poiché non era stata allegata una valida dichiarazione di impegno da parte di un terzo fideiussore di cui all'art. 93 co. 8 del D.Lgs. 50/2016, circostanza qualificata dalla stazione appaltante come “irregolarità essenziale non sanabile” ex art. 83 del D.Lgs. 50/2016 (nel caso specifico era stato prodotto come garanzia provvisoria un assegno circolare non trasferibile intestato ad ENAC, e la dichiarazione di impegno del rappresentante legale della società a rilasciare in caso di aggiudicazione della gara la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto).

5. Con ricorso per motivi aggiunti è stato impugnato il relativo provvedimento (determinazione ENAC 107225 del 18 ottobre 2016), sul presupposto che vi sia stata una violazione dei principi vigenti in materia di “soccorso istruttorio” (censura n.1 del ricorso per motivi aggiunti; gli altri motivi riproducono invece, con ulteriori argomentazioni, le medesime doglianze già sollevate con il ricorso introduttivo). Anche avverso tale il ricorso, l’ENAC si è costituita, concludendo per il rigetto.

6. All’udienza del 16 dicembre 2016 entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

7. Il ricorso introduttivo è fondato con conseguente annullamento del bando di gara oggetto di impugnazione, dovendosi accogliere, in parte, la censura indicata sub a) e, comunque, quella sintetizzata alla lett. b).

8. Va preliminarmente osservato che non è dubitabile che la società ricorrente sia legittimata ad impugnare il bando di gara, del quale si suppone la diretta efficacia lesiva incidendo le clausole contestate sull’interesse attuale alla partecipazione, anche a prescindere dalla sua domanda di partecipazione (poi effettivamente formulata in pendenza di giudizio): si richiama, sul punto, ex art. 88 c. 2 lett. d) c.p.a. il principio affermato nella sentenza del C.G.A. Sicilia, 8 agosto 2016, n. 258: “nelle gare pubbliche è necessario procedere all’impugnazione immediata dei relativi atti d’indizione quando si lamenti che le loro clausole impediscano, indistintamente per tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta, pregiudicando così il corretto esplicarsi della gara”(cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 6 giugno 2016, n. 2359)

9.1 Venendo al primo motivo sopra riportato sub a) concernente il “valore stimato” della concessione, vanno tenuti distinti i due profili in cui si articola la doglianza: per un verso, parte ricorrente lamenta che il valore dell’oggetto della gara non è stato indicato nel bando e nel disciplinare di gara; per un altro, che, in ogni caso, contravvenendo alle precise determinazioni contenute nell’art. 167 del D.Lgs. 50/2016, non sarebbero stati indicati i parametri utilizzati per il suo calcolo.

Sotto l’aspetto da ultimo indicato il motivo è infondato, non applicandosi al caso di specie la norma di cui si predica la violazione, trattandosi di una concessione “sotto soglia” di rilevanza comunitaria ex art. 35 D.Lgs. 50/2016.

9.2 La tesi della non riferibilità dell’art. 167 D.Lgs. 50/2016 alla gara in oggetto è stata sostenuta anche dall’amministrazione resistente, sulla base però di argomentazioni diverse e non condivisibili.

Ad avviso dell’ENAC spa, le concessioni di gestione aeroportuali costituirebbero un settore speciale, sottratto in quanto tale dall’ambito di operatività del cd. “codice dei contratti pubblici”, la cui disciplina nazionale sarebbe da rinvenirsi – quanto alle procedure di gara e per quel che rileva in questa sede – negli artt. 704 e 705 del Codice della Navigazione. La tesi, autorevolmente sostenuta nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, in cui mancava una disciplina specifica per i contratti di concessione, salvo il rinvio ai principi generali di cui all’art. 30 del medesimo d.Lgs. 163/2006, non è confortata dall’attuale quadro normativo di derivazione

eurounitaria.

Va osservato che lo stesso art. 704 del Codice delle Navigazioni concernente le concessioni di servizi aventi ad oggetto la gestione di aeroporti, prevede al comma 2 che “Il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell'ENAC, all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previe idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione”; operando pertanto, e a prescindere anche dal principio di primazia del diritto eurounitario, anche formalmente, un rinvio mobile alla “normativa comunitaria” vigente al momento dell'applicazione delle medesima disposizione, che è oggi integrata, come è noto, anche dalla Direttiva 2014/23/UE sui “contratti di concessione”.

Quanto al cd. Codice dei Contratti pubblici, non si rinviene alcuna norma dalla quale desumere una “sottrazione” per specialità dell'intero comparto delle concessioni aeroportuali dalla sua sfera di applicazione.

In osservanza del cd. principio di autosufficienza della codificazione (cfr. art. 1 co. 1 lett. d della Legge delega 11/2016), il D. Lgs. 50/2016 determina, con precise disposizioni, il suo ambito oggettivo di applicazione, specificando le tipologie di contratti esclusi (cfr. titolo II del D.Lgs. 50/2016; in particolare artt. 17 e 18 concernenti esclusioni specifiche per alcune tipologie di concessioni di servizi) e prevede norme peculiari per particolari concessioni (cfr. 178 D.Lgs. 50/2016 sulle concessioni autostradali), da nessuna delle quali è evincibile una esclusione per la tipologia, particolarmente complessa, delle concessioni di gestione aeroportuali.

9.3 Senonché, nel caso di specie, la questione della applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 167 del D.lgs. 50/2016 - la cui mancata osservanza non è peraltro contestata neanche da parte resistente - va comunque risolta in senso negativo, come anticipato, poiché quella di cui si controverte è una concessione “sotto soglia” europea ex art. 35 D.lgs. 50/2016.

La predetta norma, in attuazione dell'art. 8 par. 1 della Direttiva 2014/23/UE e salvo l'aggiornamento delle relative soglie intanto sopravvenuto per effetto dei provvedimenti a cadenza biennale adottati dalla Commissione Europea, stabilisce che le disposizioni del codice si applicano solo ai contratti pubblici – ivi comprese le concessioni di servizi come definite dall'art. 1 lett. vv, per le quali non pone sub-articolazioni quantitative ulteriori – il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alla soglia di 5.225.000; limite che, nel caso di specie, non risulta superato neanche dal valore cumulato dei due lotti in cui è suddiviso l'oggetto della gara in controversia (il valore stimato per le concessioni di gestione dell'aeroporto di Reggio Calabria e di Crotone è infatti pari complessivamente a 3.540.000 euro; né parte ricorrente ha formulato una contestazione specifica in merito alla intenzionale elusione del principio della soglia minima di cui all'art. 35 co. 6 D.lgs. 50/2016).ù

Ai contratti sotto soglia restano peraltro pienamente applicabili i principi di cui all'art. 30 co. 1 nonché quello di rotazione e di favor participationis delle microimprese, piccole e medie imprese (cfr. art. 36 D.Lgs. 50/2016).

Pur sottolineando che la disposizione di cui all'art. 167 del D.lsg. 50/2016 costituisce una innovazione normativa nodale della disciplina complessiva delle concessioni, poiché consente - mediante l'obbligo informativo analitico sul "metodo di calcolo del valore stimato", posto in capo al concedente, a cui favore gioca l'asimmetria cognitiva in relazione ai servizi messi a gara - la formulazione di una consapevole proposta di progetto, che come tale sia idonea a perseguire l'equilibrio economico finanziario in cui si sintetizza lo "scambio" contrattuale tra impresa e amministrazione, deve ritenersi nondimeno che essa costituisca - anche per la sua collocazione normativa - una norma di dettaglio, applicabile come tale esclusivamente alle concessioni sopra soglia comunitaria; circostanza, come sopra indicato, non rinvenibile nel caso in esame.

10. Deve invece ritenersi fondata la censura in esame, nella parte in cui si contesta la omessa indicazione del valore stimato nel bando di gara e la sua specificazione unicamente sulla scheda anagrafica pubblicata sul sito web dell'ANAC. Con tale omissione, risulta essere stato violato il principio fondamentale di pubblicità e trasparenza, espressamente richiamato dallo stesso art. 30 del D.Lgs. 50/2016 che per gli adempimenti pubblicitari rinvia "alle modalità indicate nel presente codice" (cfr. artt. 72 e 73 D.Lgs. 50/2016, di rilievo in questa sede), poiché l'indicazione del valore economico dell'oggetto messo a gara costituisce un elemento essenziale del relativo bando; né alla pubblicità sulla piattaforma digitale dell'ANAC può attribuirsi efficacia surrogatoria o alternativa rispetto alle modalità di pubblicazione del bando dettagliatamente indicate nelle norme sopra richiamate.

11. Ritiene il collegio che deve altresì ritenersi fondata la censura sintetizzata supra al punto 1.3 sub b).

Nell'indicazione di un criterio di preferenza a favore dell'operatore che partecipi per entrambi i lotti, anche qualora le singole offerte da esso presentate su ciascun lotto abbiano ottenuto un punteggio inferiore rispetto alle offerte di altri concorrenti, con il solo limite - genericamente indicato - che "entrambe le offerte risultino idonee e convenienti in relazione all'oggetto della concessione", l'amministrazione si è riservato un così ampio potere discrezionale, difficilmente sindacabile in concreto, tale da pregiudicare ex ante la consapevole partecipazione degli operatori che per dimensioni e capacità possano competere solo su uno dei lotti.

Ponendo un criterio preferenziale, in linea assoluta, per il livello quantitativo (ovvero la partecipazione per entrambi i lotti) rispetto alla qualità tecnica di ciascun offerta, ad onta della analitica indicazione ex ante dei parametri di valutazione delle singole offerte contenute nella lex specialis, la clausola di cui al punto 2.2. del disciplinare di gara collide con il principio generale di garanzia della "qualità" della prestazione indicato tra quelli chiave cui va informata la selezione pubblica ex art. 30 co. 1 D. Lgs. 50/2016 e, nello specifico, anche con il principio del favor participationis delle medie e piccole imprese (cfr. art. 30 co. 7 D.lgs. 50/2016) di cui la suddivisione in lotti costituisce una specifica applicazione, pregiudicando la possibilità da parte degli operatori che partecipino per un solo lotto di formulare un'offerta che abbia la concreta chance di competere rispetto ad offerte cumulative per entrambi i lotti formulate da imprese di dimensioni e capacità tecniche diverse.

12. Va invece ritenuta infondata la doglianza, sintetizzata sopra al punto 1.3 lett. c). Parte ricorrente si lamenta della clausola con cui è stato fissato il requisito del capitale sociale non inferiore a 3.098.741,00 per gli operatori che concorrano per entrambi i lotti o solo per il lotto di Reggio Calabria. Si tratta di un requisito che – ai fini della valutazione di ammissibilità all'impugnazione del bando di gara – non appare lesivo del principio di proporzionalità, tenuto conto della notevole complessità gestionale richiesta dall'oggetto della concessione.

13. In conclusione, il ricorso principale va accolto.

14. Va pertanto annullato il bando di gara oggetto di impugnazione, con conseguente travolgimento dei successivi atti di gara (cfr. ex multis TAR Roma (Lazio), sez. III, 24 febbraio 2016, n. 2575), ivi compreso quello di esclusione della odierna ricorrente (“non ammissione”) oggetto di impugnazione con il ricorso per motivi aggiunti.

15. Come indicato anche da parte ricorrente nel ricorso per motivi aggiunti, l'accoglimento del ricorso principale avente ad oggetto il bando di gara comporta l'illegittimità derivata del provvedimento concernente la mancata ammissione della ricorrente alla gara, nonché di tutti i successivi atti della procedura. Il ricorso per motivi aggiunti va pertanto dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Per mera completezza di motivazione, va peraltro osservato che, per le medesime ragioni già indicate nell'ordinanza adottata in sede cautelare, il ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui ha ad oggetto il provvedimento di non ammissione della ricorrente sarebbe stato comunque accolto essendo fondata la censura concernente la violazione della doverosa attivazione del cd. “soccorso istruttorio”, anche esso applicabile alla fattispecie in esame ex art. 30 co. 8 D.lgs. 50/2016, costituendo che una applicazione dei più ampi principi generali di trasparenza, semplificazione ed economicità dei mezzi giuridici richiamati anche dall'art. 1 L. 241/90.

16. La parziale novità delle questioni giuridiche affrontate giustifica la compensazione delle spese di lite – complessivamente liquidate in euro 5.000,00 tra le parti per la metà, condannando parte resistente alla refusione delle spese per la restante metà liquidate in euro 2.500,00 oltre accessori come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- a) Accoglie il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;
- b) Dichiarà improcedibile il ricorso per motivi aggiunti;
- c) Compensa le spese di lite tra le parti per la metà e condanna parte resistente al pagamento della restante quota di euro 2.500,00 oltre accessori come per legge in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

Guida alla lettura.

L'annotata sentenza opera una significativa riflessione sul nuovo regime giuridico in materia di concessioni, contemplato nel D. Lgs. n. 50/2016.

La vicenda prende le mosse dall'indizione di una gara, disposta dall'E.n.a.c., per l'affidamento della gestione di due scali aeroportuali calabresi.

Una società pubblica, operante nel settore, impugna la *lex specialis*, deducendo che la formulazione sia lesiva del suo interesse alla partecipazione.

In pendenza di giudizio, la stazione appaltante dispone l'esclusione dalla procedura selettiva della ricorrente, che avversa, per mezzo di motivi aggiunti, anche il provvedimento espulsivo.

Nel vagliare il gravame, il Collegio statuisce in via preliminare la piena legittimazione della *“società ricorrente ad impugnare il bando di gara, del quale si suppone la diretta efficacia lesiva incidendo le clausole contestate sull'interesse attuale alla partecipazione, anche a prescindere dalla sua domanda di partecipazione, poi effettivamente formulata in pendenza di giudizio”* .

In tale prospettiva, si richiama la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui *“nelle gare pubbliche è necessario procedere all'impugnazione immediata dei relativi atti d'indizione quando si lamenti che le loro clausole impediscano, indistintamente per tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta, pregiudicando così il corretto esplicarsi della gara”*.

Scrutinando il merito delle censure, il T.a.r. si sofferma sulla rilevanza dell'art. 167, D. Lgs. 50/2016, che *“costituisce una innovazione normativa nodale della disciplina complessiva delle concessioni, poiché consente -mediante l'obbligo informativo analitico sul “metodo di calcolo del valore stimato”, posto in capo al concedente, a cui favore gioca l'asimmetria cognitiva in relazione ai servizi messi a gara- la formulazione di una consapevole proposta di progetto, che come tale sia idonea a perseguire l'equilibrio economico finanziario in cui si sintetizza lo “scambio” contrattuale tra impresa e amministrazione”*.

Il Collegio disattende quindi l'assunto teorico dell'amministrazione resistente, secondo cui il menzionato precetto non troverebbe applicazione per le concessioni di gestione aeroportuali, che, sempre ad avviso dell'E.n.a.c., costituirebbero un settore speciale, sottratto come tale dall'ambito di operatività della disciplina dei contratti pubblici.

Sostiene, in particolare, l'adito g.a. che *“la tesi, autorevolmente sostenuta nella vigenza del D. Lgs. 163/2006, in cui mancava una disciplina specifica per i contratti di concessione, salvo il rinvio ai principi generali di cui all'art. 30 del medesimo D. Lgs. 163/2006, non è confortata dall'attuale quadro normativo di derivazione eurounitaria”*.

Il D. Lgs. n. 50/2016, infatti, non contiene alcuna norma dalla quale desumere una esclusione per specialità dell'intero comparto delle concessioni aeroportuali dalla sua sfera di applicazione.

Nello specifico, *“in osservanza del cd. principio di autosufficienza della codificazione (cfr. art. 1 co. 1 lett. d della Legge delega 11/2016), il D. Lgs. 50/2016 determina, con precise disposizioni, il suo ambito oggettivo di applicazione, specificando le tipologie di contratti esclusi (cfr. titolo II del D. Lgs. 50/2016; in particolare artt. 17 e 18 concernenti esclusioni specifiche per alcune tipologie di concessioni di servizi) e prevede norme peculiari per particolari concessioni (cfr. 178 D. Lgs. 50/2016 sulle concessioni autostradali), da nessuna delle quali è evincibile una esclusione per la tipologia, particolarmente complessa, delle concessioni di gestione aeroportuali”*.

Affermata l'astratta applicabilità del nuovo regime giuridico in materia di contratti pubblici alle concessioni aeroportuali, il T.a.r. tuttavia esclude la cogenza nel caso di specie del ridetto art. 167, poiché la controversia involge una concessione “sotto soglia” europea, ex art. 35 D. Lgs. 50/2016.

Tale disposizione, infatti, stabilisce che le norme del codice si applicano solo ai contratti pubblici, ivi comprese le concessioni di servizi come definite dall'art. 1 lett. vv, per le quali non pone sub-articolazioni quantitative ulteriori, il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alla soglia di 5.225.000, evenienza non sussistente nella vicenda esaminata.

Ai contratti sotto soglia restano peraltro applicabili i principi di cui all'art. 30 comma 1, nonché quello di rotazione e di *favor participationis* delle microimprese, piccole e medie imprese, giusta l'art. 36 n. D. Lgs. 50/2016.

Ciò chiarito, il Collegio ritiene meritevole di accoglimento la doglianza tesa a contestare l'omessa indicazione nel bando di gara del valore stimato dell'oggetto concessione.

La descritta omissione, infatti, postula una violazione del fondamentale principio di pubblicità e trasparenza, *“espressamente richiamato dall’art. 30, D. Lgs. 50/2016, che per gli adempimenti pubblicitari rinvia “alle modalità indicate nel presente codice” -artt. 72 e 73 D. Lgs. 50/2016- poiché l’indicazione del valore economico dell’oggetto messo a gara costituisce un elemento essenziale del relativo bando*”, al quale non può essere equiparata la pubblicità sulla piattaforma digitale dell’ANAC.

In forza dell'accoglimento della censura, il T.a.r. dispone pertanto l'annullamento della *lex specialis*, con effetto caducante sui successivi atti di gara, ivi compresa la statuizione di esclusione avversata con ricorso per motivi aggiunti, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.