

N. 00809/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00119/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 119 del 2015, proposto da:
Consorzio Per Lo Sviluppo dell'Aeroporto di Rimini San Marino S.C.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

contro

Ente Nazionale Per L'Aviazione Civile, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Bologna, domiciliata in Bologna, Via Guido Reni 4;

nei confronti di

Airimum 2014 S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Caldarone, Cesare Caturani, Giuliano Berruti, con domicilio eletto presso Cesare Caturani in Bologna, Via S.Stefano,16;

per l'annullamento

del provvedimento dell'Enac del 13 novembre 2014 di aggiudicazione della Concessione di Gestione totale dell'aeroporto di rimini e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente ivi compresi il dando ed il disciplinare di gara,

nonchè la nota di Enac Prot.n.0121394/DG del 17 novembre 2014

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ente Nazionale Per L'Aviazione Civile e di Airimum 2014 S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2015 il dott. Sergio Fina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Sono impugnati gli atti, meglio indicati in epigrafe, relativi alla procedura ad evidenza pubblica per la "concessione di gestione totale dell'aeroporto di Rimini".

Va preliminarmente rilevato che il Raggruppamento ricorrente ha partecipato alla procedura classificandosi quarto nella graduatoria finale di gara, ma solo a seguito di accesso agli atti del procedimento ha acquisito elementi idonei, a suo dire, ad invalidare, sia l'intera procedura, che l'aggiudicazione disposta dall'Amministrazione in favore della controinteressata.

Con il primo rilievo, anche logicamente antecedente a tutti gli altri profili, si deduce la nullità della procedura di gara per violazione degli art.: 1, commi 65 e 67 della L. n. 266/2005, 8, comma 12 del D.lgs. n. 163/2006 e 3, comma 5 della L. n. 136/2010.

Il profilo non ha pregio.

Sostiene il Raggruppamento interessato che la Stazione Appaltante omettendo di richiedere all'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici – AVCP - il rilascio del CIG – codice identificativo di gara – ha commesso, in base al combinato delle disposizioni su citate, una violazione della normativa sui contratti pubblici, non sanabile e dalla quale deriverebbe la nullità dell'intera procedura.

La delineata impostazione non appare condivisibile in quanto in nessuna delle norme indicate è prevista, quale conseguenza della predetta omissione, la nullità della procedura concorsuale.

Al riguardo deve pure osservarsi che la sanzione della nullità deve essere espressamente prevista dalla legge e non può essere desunta in via d'interpretazione di provvedimenti attuativi – deliberazione del 26.1.2006 dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici – AVCP - circa l'attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67 della L. n. 266/2005, richiamata nel ricorso - secondo la quale il codice anzidetto deve essere riportato nell'avviso pubblico, nella lettere d'invito e nella richiesta d'invito comunque denominata.

Peraltro non si ritiene che la mancata indicazione di tale codice escluda l'obbligo dei partecipanti alla gara di provvedere al versamento di quanto dovuto a titolo di contributo a favore della predetta Autorità ed in ogni caso tale obbligo non è previsto a pena d'inammissibilità, sicché la sua inosservanza non determina, in base alle disposizioni appena sopra richiamate, l'invalidità della partecipazione alla procedura.

Con il secondo motivo, mirante a censurare in parte qua il bando di gara, il Consorzio ricorrente rileva la violazione dell'art. 42 del Codice dei Contratti ed eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità in relazione alla mancata richiesta nel bando dei requisiti di capacità tecnica.

Il motivo è fondato.

Sostiene il ricorrente che dai documenti di gara risulta che ai fini della partecipazione alla gara non è stata richiesta, com'era doveroso, un'esperienza di gestione di organizzazioni complesse, anche al di fuori dello specifico campo aeroportuale, sicché per ambire all'aggiudicazione era sufficiente disporre oltre che dei requisiti di ordine generale – art. 38 D.lgs. n. 163/2006 – esclusivamente dei requisiti finanziari (attinenti alla misura minima e all'aumento del capitale sociale) senza il possesso di alcuna capacità o competenza in materia aeroportuale o in materia comparabile.

Rileva che in tal modo risultano violate le norme del codice dei contratti le quali prevedono che i concorrenti, in funzione del migliore svolgimento ed esito della procedura, dimostrino le loro capacità tecniche secondo le regole fissate dal bando di gara.

L'impostazione può essere condivisa nei termini che seguono.

L'art. 30 del Codice dei Contratti effettivamente esclude l'applicazione delle disposizioni del Codice alle concessioni di servizi salvo il rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali in materia di contratti pubblici ed inoltre fatte salve le discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

Il D.lgs. n. 96/2005 – art. 3 - modificativo del titolo III della parte II del Codice della Navigazione ed in particolare dell'art. 704, dispone con riguardo all'affidamento delle gestioni aeroportuali, che la concessione è adottata 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.

Discende dal tenore letterale della disposizione l'applicabilità della disciplina dei contratti ad evidenza pubblica alle concessioni di gestione aeroportuale.

A tale riguardo l'art. 42/1 °c del Codice dei Contratti afferma che negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei modi indicati, a seconda della natura, della quantità dell'importanza e dell'uso delle forniture e dei servizi.

Il successivo comma aggiunge che le stazioni appaltanti precisano nel bando o nella lettera d'invito quali degli indicati documenti e dei requisiti devono essere presentati e dimostrati.

Emerge dai richiamati contenuti normativi che la previsione, nel bando di gara, di requisiti di capacità tecnica rientra nella regola generale delle procedure ad evidenza pubblica, alla quale, quindi, tutte le stazioni appaltanti devono attenersi.

Ciò non significa che tutte le volte in cui il bando di gara non indichi alcun specifico requisito di capacità tecnica, esso sia illegittimo, in quanto vi possono essere casi, da ritenersi eccezionali, in cui il servizio non necessita di particolare organizzazione e professionalità (CdS sez V 5.5.1998 n. 627) e dunque in questo stretto ambito l'amministrazione conserva un potere discrezionale .

Tuttavia nell'ipotesi in questione la scelta operata dall'amministrazione non rientra in tale specifico campo e dunque non appare logica ed adeguata rispetto allo scopo perseguito e alla delicatezza e alla complessità della gestione di servizi di elevato livello tecnico ed organizzativo, quali devono considerarsi quelli di natura aeroportuale.

Al riguardo deve pure rilevarsi che il potere discrezionale di cui si tratta deve essere sempre coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal pubblico incanto e alla stregua di tale criterio, il suo concreto esplicarsi non può essere disgiunto da una sostanziale osservanza dei principi comunitari e dell'ordinamento interno in materia di appalti.

Consegue a quanto detto che la stazione appaltante avrebbe dovuto inserire nel bando i requisiti minimi di capacità ed esperienza per la partecipazione alla gara – es. precedenti gestioni di complessi aeroportuali o di complessi simili – in modo da impedire l'aggiudicazione del servizio in favore di soggetti privi di qualsiasi professionalità nella specifica materia o in materia analoga.

In conclusione il ricorso deve essere accolto e per l'effetto annullato in parte qua il bando di gara e il conseguente atto di aggiudicazione.

Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati

Condanna ENAC e la società controinteressata alle spese che si liquidano in complessivi € 8000,00 (euro ottomila/00), oltre accessori di legge, da ripartire in parti uguali tra le predette parti. .

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Sergio Fina, Consigliere, Estensore

Umberto Giovannini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 11/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)