

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 213

del 31.07.2008

PREC 282-08-S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata da Autogrill S.p.A. – affidamento in subconcessione in esclusiva delle aree esistenti e da realizzare all'interno dell'aerostazione di Palermo "Falcone e Borsellino" destinate allo svolgimento dell'attività di ristorazione e di somministrazione di alimenti e bevande. S.A.: Gesap S.p.A. - Società di gestione dell'aeroporto.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 13 giugno 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con cui la società Autogrill S.p.A., risultata seconda classificata, ha sollevato una serie di censure relative all'offerta presentata dall'aggiudicataria provvisoria Airport Elite S.r.l., nell'ambito della procedura indetta da GESAP S.p.A., per l'affidamento in subconcessione in esclusiva delle aree esistenti e da realizzare all'interno dell'aerostazione "Falcone e Borsellino" destinate allo svolgimento dell'attività di ristorazione e di somministrazione di alimenti e bevande, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'istante riteneva che l'offerta di Airport Elite S.r.l., attualmente oggetto di valutazione dell'anomalia da parte della Commissione di gara, fosse anormalmente elevata ed economicamente insostenibile, in particolare con riferimento al "minimo garantito", su cui aveva ottenuto un punteggio pari a quasi sei volte il punteggio medio ottenuto dalle altre offerte. Autogrill S.p.A., per suffragare quanto sostenuto, analizzava alcuni elementi e voci dell'offerta, e produceva un parere *pro veritate* di un consulente economico esperto del settore che avrebbe confermato quanto dalla società sostenuto.

Inoltre, nel corso dell'istruttoria, Autogrill S.p.A., richiamando quanto accennato nell'audizione convocata da questa Autorità in data 1 luglio 2008, ha inviato una memoria aggiuntiva con la quale ha sollevato un'ulteriore problematica in merito alla ritenuta illegittima partecipazione alla procedura di gara della Airport Elite S.r.l., che si porrebbe in contrasto con il dettato di cui all'art. 13 D.L. n. 223/2006 (noto come Decreto Bersani), conv. con L. n. 248/2006. In particolare, secondo quanto rappresentato, Airport Elite S.r.l. è una società controllata all'86,50% dall'Aeroporto di Venezia Marco Polo S.p.A. (SAVE), e dalla società La Serenissima Investimenti S.r.l. per il restante 13,50%. Entrambi i soci, secondo quanto descritto da Autogrill S.p.A. sono partecipati, direttamente o indirettamente, da enti locali in quanto SAVE è partecipata dal Comune di Venezia in misura pari al 14,63%, dalla Provincia di Venezia, in misura pari al 14,45% e dal Comune di Treviso in misura pari al 2,09%. Inoltre la Serenissima Investimenti S.r.l. è interamente controllata dalla Società Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. nel cui capitale sociale figurano: la Provincia di Vicenza (8,86%), la Provincia di Padova (5,47%), la Provincia di Brescia (5,14%), la Provincia di Verona (4,81%), il Comune di Milano (4,75%), il Comune di Verona (4,55%), il Comune di Padova (3,85%), la Provincia di Bergamo (2,84%), il Comune di Bergamo (2,45%), oltre alle Camere di Commercio di Bergamo, Brescia, Vicenza, Padova e Venezia. L'istante, inoltre, ha osservato come la finalità di tutela della concorrenza sia stata rafforzata dall'art. 3, comma 27, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008), che ha vietato alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, vietando, altresì, l'assunzione e il mantenimento diretto o indiretto di partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Sono fatte salve le partecipazioni in società che producono "servizi di interesse economico generale", per le quali si applicano le diverse norme riguardanti i servizi pubblici. L'istante osservava come l'attività di ristorazione non rientrasse tra i servizi di interesse economico generale. Secondo Autogrill S.p.A. le preoccupazioni del legislatore in ordine alla presenza di società a capitale pubblico che svolgano attività "non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali" degli enti pubblici soci sono tese ad evitare che tali società sfruttino le rendite di posizione derivanti dal controllo di certi mercati come leva per porre in essere offerte "predatorie" a danno dei concorrenti privati che costituiscono illecito concorrenziale anche alla stregua delle norme concorrenziali antitrust.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la Airport Elite S.r.l. sulla censura in ordine all'anomalia dell'offerta replicava che l'analisi finanziaria svolta da Autogrill S.p.A. includeva errori palesi e si basava su mere ipotesi facilmente screditabili o confutabili. Per quanto riguardava il cosiddetto "minimo garantito", sottolineava come tutti i concorrenti avessero seguito la medesima strategia di fondo, consistente nel prevedere dei livelli di *royalties* al metro quadro più elevati per i punti di ristoro in area cosiddetta sterile, cioè post controlli di sicurezza. Airport Elite S.r.l. era risultata vincente perché aveva ritenuto superiori agli altri concorrenti le potenzialità di queste aree di vendita, che godevano del vantaggio di esser posizionate su livelli diversi e beneficiavano di una sorta di monopolio relativamente ai passeggeri in transito in quell'area dello scalo.

A seguito dell'audizione, la Airport Elite S.r.l. ha formulato una serie di censure in merito alla improcedibilità del parere sul piano formale. In primo luogo, ha ribadito quanto già espresso in audizione circa l'incompetenza dell'Autorità a pronunciarsi, poichè non sarebbe applicabile l'art. 6, co. 7, lett. n), del D.Lgs. n. 163/2006 alla gara in esame in quanto la stessa non ha ad oggetto un appalto di servizi soggetto al Codice dei Contratti, ma una sub concessione di un bene demaniale e l'affidamento di un servizio di ristorazione. In aggiunta, l'Autorità non potrebbe pronunciarsi sulla fattispecie, sostituendosi, altrimenti, alla stazione appaltante nella valutazione dell'anomalia dell'offerta. Infine la società ha contestato l'irritualità dell'ulteriore problematica sull'applicabilità del Decreto Bersani, sollevata dopo l'avvenuta audizione delle parti e, quindi, non tempestiva ai fini dell'emissione del parere nella garanzia dell'equilibrio delle parti.

Per quanto riguarda il merito della questione, la società ha replicato su ogni elemento di analisi oggetto del parere *pro veritate* e sulle argomentazioni poste a fondamento del parere medesimo. Per quanto concerne l'applicabilità o meno alla fattispecie dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006 la Airport Elite S.r.l. ha rilevato come, in accordo a detta previsione, è considerata idonea ad alterare la libera concorrenza la presenza sul mercato di società che presentino, cumulativamente, due caratteristiche: il fatto che siano costituite o partecipate da enti locali o regionali; e che producano beni e servizi strumentali per l'attività degli enti costituenti o partecipanti, circostanza, quest'ultima, che, in base alla norma, deve giustificare la stessa partecipazione societaria delle amministrazioni pubbliche. Secondo la società l'art. 13 del Decreto Bersani non sarebbe applicabile alla fattispecie in esame in quanto non sussisterebbero i due citati presupposti. Da una parte, infatti, la partecipazione pubblica in Airport Elite S.r.l. è mediata ed indiretta, giacché il Comune di Venezia, la Provincia di Venezia e il Comune di Treviso detengono rispettivamente il 14,63%, il 14,45% e il 2,09% del capitale di SAVE S.p.A., la quale possiede a sua volta l'86,50% di Airport Elite S.r.l. Pertanto la partecipazione degli enti locali in Airport Elite S.r.l. è minoritaria del tutto indiretta attraverso una società quotata in borsa,

SAVE S.p.A., sul mercato e soggetta a poteri di controllo da parte di Consob. Inoltre SAVE S.p.A., ed a propria volta Airport Elite S.r.l., non ricadrebbero nell'ambito applicativo del Decreto Bersani, non essendo state costituite "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività" di enti locali e in funzione della loro attività, dal momento che la gestione dell'aeroporto non rientra tra i servizi strumentali degli enti locali. Lo stesso contenuto dell'oggetto sociale di Airport Elite S.r.l. fa desumere la mancanza di qualsiasi legame strumentale tra la società e i due enti locali che partecipano in SAVE. In ordine all'art. 3, comma 27, L. n. 244/2007, Airport Elite S.r.l. ritiene la stessa non pertinente poiché alla fattispecie in esame sarebbe applicabile il D.M. n. 521/97, adottato in attuazione dell'art. 10, comma 13 della legge finanziaria 1994 (24.12.1993 n. 537), recante la disciplina delle società di gestione aeroportuale. In accordo a tale normativa le società di gestione aeroportuale devono avere una partecipazione minima di soci pubblici al capitale sociale non inferiore a 1/5. Pertanto, essendo la normativa di cui al DM citato speciale prevalente rispetto alla normativa generale di cui alla finanziaria 2008, la partecipazione pubblica di SAVE S.p.A. sarebbe sempre consentita. Detta partecipazione in ogni caso, secondo Airport Elite S.r.l. è comunque consentita dallo stesso comma 27 dell'art. 3, laddove è prevista la costituzione e partecipazione in quelle società "che producono servizi di interesse generale", ambito nel quale rientra il servizio di trasporto aereo. In ogni caso Airport Elite S.r.l. concludeva evidenziando come non potrebbe neppure assicurarsi l'affidamento senza gara, da parte degli enti pubblici locali soci, della produzione di beni e servizi non strettamente strumentali all'attività delle Amministrazioni, non beneficiando dunque di nessun vantaggio che la possa porre in una situazione differenziata rispetto a quella degli altri operatori economici con cui si confronta.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la GESAP S.p.A. ha precisato che la procedura di gara è attualmente sospesa, in quanto la Commissione di gara sta concludendo il sub procedimento di verifica di congruità dell'offerta presentata da Airport Elite S.r.l. Sul punto la stazione appaltante rilevava come, in applicazione del parere n. 169/2008 di questa Autorità, la stessa non può sostituirsi alla stazione appaltante nei compiti ad essa assegnati nella valutazione delle giustificazioni sull'anomalia dell'offerta. Pertanto, la GESAP S.p.A. richiedeva che l'istanza fosse considerata inammissibile ai sensi dell'art. 3 del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ed, in subordine, irricevibile.

In data 1 luglio 2008 si è tenuta l'audizione presso questa Autorità, alla quale hanno partecipato i rappresentanti di Autogrill S.p.A. e di Airport Elite S.r.l., che hanno ribadito quanto espresso nei documenti depositati nel corso dell'istruttoria. Dell'audizione è stata effettuata, come previsto dall'art. 6, comma 3, del

Regolamento per la soluzione sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art.6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, registrazione vocale che fa fede di verbale

Ritenuto in diritto

1. Con il presente precontenzioso sono state portate all'attenzione dell'Autorità, nel corso dell'istruttoria, una serie di problematiche che possono essere solo in parte oggetto di parere come di seguito motivato.

In via preliminare, occorre chiarire la sussistenza della competenza di questa Autorità nella questione *de quo*, dal momento che, come descritto in fatto, la stessa è stata contestata da Airport Elite S.r.l. secondo il quale non sarebbe applicabile alla procedura indetta da GESAP S.p.A. il Codice dei Contratti, e di conseguenza l'art. 6, co. 7, lett. n), del D.Lgs. n. 163/2006, poiché non si tratterebbe di un appalto di servizi, bensì di un affidamento di una subconcessione di un bene demaniale e di un servizio di ristorazione.

Orbene la procedura attivata nel caso di specie, è stata correttamente dal Bando di gara e dal Disciplinare di gara qualificata come “sub-concessione di aree nell'ambito dell'aeroporto Falcone e Borsellino di Palermo per lo svolgimento dell'attività di ristorazione e di altri servizi”. Pertanto, con la procedura in esame, GESAP S.p.A., titolare della concessione di esercizio delle attività aeroportuali (e come tale rientrante nella categoria dei “soggetti aggiudicatori” individuati dall'art. 3, comma 29 del D.Lgs. n. 163/06 definiti quali i “*soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti*”) intende affidare in sub-concessione lo svolgimento del menzionato servizio, mettendo a disposizione – secondo le regole fissate nel disciplinare di gara - l'area dove svolgere detta attività di servizio.

Trattandosi di sub-concessione, trova applicazione l'art. 30 del D.Lgs. n. 12 aprile 2006 n. 163 che, al comma 3, chiaramente stabilisce – nonostante il disposto di cui al comma primo che prevede la non applicazione del Codice dei contratti alle concessioni di servizi - che “*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale...*”. D'altra parte il rispetto del principio di trasparenza, di proporzionalità, di parità di trattamento e degli art. da 28 a 30 e da 43 a 55 del Trattato dell'Unione Europea nelle procedure per gli affidamenti di concessioni e

sub-concessioni è stato in più occasioni affermato dalla giurisprudenza italiana (Cons. di Stato, Ad. Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1) e dalla Corte di giustizia (si vedano CG 7 dicembre 2000 in C-324/98 e 13 ottobre 2003 in C. 458/2003, Parking Brixen) nonché dalla comunicazione interpretativa della Commissione su appalti e concessioni in diritto comunitario del 29 aprile 2000.

Per quanto sopra, dal combinato disposto del citato art. 30, comma 3 e dell'art. 6, comma 5, ai sensi del quale *“L'Autorità vigila (...) nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara”*, discende la competenza di questa Autorità ad esaminare la questione presentata, al fine di assicurare il rispetto dei principi summenzionati.

In ordine alla censura formale relativa all'avvenuto ampliamento del *petitum* oggetto dell'istanza di parere ed all'irritualità della presentazione del promemoria in merito all'applicabilità della L. n. 248/2006, si osserva come tutti i documenti presentati nel corso dell'istruttoria sono stati posti a conoscenza dei controinteressati, nel rispetto del principio del contraddittorio.

Inoltre tra le caratteristiche peculiari che contraddistinguono lo strumento del c.d. “precontenzioso”, di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. 163/2006, vi sono la flessibilità e l'agilità di tale procedura di componimento, per la quale non sono richiesti particolari formalismi.

2. Venendo al merito delle questioni prospettate, occorre sin d'ora precisare come la problematica sollevata da Autogrill S.p.A. in ordine alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, non può essere trattata dal momento che, come già espresso nel parere di questa Autorità n. 169/2008, nel giudizio sull'anomalia, è solo la stazione appaltante che può e deve svolgere il giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta, senza potersi ammettere in alcun caso una sostituzione/supplenza nell'esercizio di tale suo potere discrezionale di valutazione. Gli apprezzamenti compiuti dall'Amministrazione in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte costituiscono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, che resta prerogativa di esclusiva competenza della stazione appaltante e, in particolare, della commissione giudicatrice.

Orbene, la problematica che verrà in questa sede esaminata riguarda l'ecceppata partecipazione della Airport Elite S.r.l. in quanto si porrebbe, secondo l'istante, in violazione con la normativa vigente di settore.

Preliminarmente si fa presente come non sia possibile condividere quanto eccepito da Airport Elite S.r.l. in merito alla non applicabilità del D.L. n. 223/2006 poichè recessivo innanzi alla normativa speciale di cui al D.M. 12 novembre 1997 n. 521 rubricato “*Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all’art. 10, comma 13 della L. n. 537/1993, 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*”, adottato in attuazione dell’art. 10, comma 13 della legge finanziaria 1994 (24.12.1993 n. 537) e recante la disciplina delle società di gestione aeroportuale, dal momento che la stessa sembra essere destinata alle società di gestione aeroportuale e non all’operatore economico, quale è Airport Elite S.r.l., che prende parte a gare per l’affidamento di servizi da svolgersi all’interno dell’area aeroportuale.

Per quanto attiene alla sostenuta applicabilità dell’articolo 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006 come convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248 (cosiddetto Decreto Bersani), è opportuno riportare lo stesso che prevede quanto segue “*le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti*”.

Questa Autorità si è già occupata di alcune problematiche legate all’applicazione della L. n. 248/2006, segnalando come essa vieti l’attività *extra moenia* delle società partecipate da enti locali, al fine di porre un freno all’incidenza che la loro composizione può comportare sull’assetto del mercato, minando quindi la libera concorrenza, in ragione del fatto che detti soggetti godono sovente di asimmetrie informative di notevoli dimensioni, in grado di alterare la *par condicio* con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere sostanzialmente, a mezzo l’apporto di risorse pubbliche, il rischio d’impresa.

In particolare, con la deliberazione n. 135/2007 l’Autorità ha esteso il divieto di svolgere attività *extra moenia* anche alle ipotesi in cui la partecipazione dell’ente locale alla società sia meramente indiretta, al fine di evitare che l’applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette, rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate. Infatti, nelle società c.d. di terzo grado, ovvero quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime, poiché l’assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, possono integrarsi meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti.

Pertanto, anche le società indirettamente partecipate da Enti Locali, non possono concorrere, ai sensi dell'articolo 13, comma 1 della legge n. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

Tale orientamento dell'Autorità, successivamente confermato da taluni giudici amministrativi (T.A.R. Veneto, sez. I, 31 marzo 2008 n. 788; T.A.R., sez. I, 31 gennaio 2007 n. 140), per cui le disposizioni limitative di cui si tratta sono state ritenute applicabili anche alle società indirettamente partecipate da enti pubblici, trova il proprio fondamento nell'intento di tutelare l'interesse pubblico e, allo stesso tempo, rafforzare e garantire il libero gioco della concorrenza, assicurando, così, una effettiva parità tra tutti gli operatori economici.

Come è stato osservato anche dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato, con parere n. 322 del 25 settembre 2007, la disposizione della L. n. 248/2006 trova la propria ragione giustificatrice anche nella necessità di intervenire su un fenomeno - la proliferazione di società pubbliche o miste - che è considerato una delle cause dell'incremento della spesa pubblica da parte degli enti locali. E, difatti, l'art. 13 del "Decreto Bersani" è significativamente rubricato non solo con riferimento alla tutela della concorrenza ma anche alla "riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali". E ciò nell'ambito della più ampia tematica del contenimento e della razionalizzazione dei costi connessi in maniera diretta e indiretta all'esercizio dell'attività pubblica in genere. In questa prospettiva, del resto, si è mosso il legislatore con le successive leggi finanziarie per il 2007 (L. n. 296 del 2006) che ha previsto, a titolo esemplificativo, il tetto massimo al compenso del presidente e dei componenti del consiglio di amministrazione delle società interamente partecipate da comuni e province, nonché limiti nel caso di società miste, ovvero la fissazione del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente dagli enti locali.

Da ultimo, il legislatore, con la Finanziaria 2008 (art. 3, comma 27, L. 24 dicembre 2007, n. 244), ha previsto che *"al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza"*.

Con la sopra citata disposizione, il legislatore ha esteso l'originario divieto posto alle amministrazioni locali e regionali, dal D.L. n. 223/2006 a tutte le società pubbliche, rafforzando, così, l'orientamento restrittivo del raggio d'azione delle società

partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, fatta eccezione per i servizi di interesse generale, confermando, pertanto, quanto espresso da questa Autorità.

3. La fattispecie *de qua* deve essere, dunque, esaminata tenendo in conto la ricognizione normativa ed interpretativa sopra svolta e alla luce, quindi, della *ratio* che ha ispirato il legislatore nell'adottare le citate norme e dell'evoluzione dell'ordinamento in atto.

Come descritto innanzi, Airport Elite S.r.l. è una società partecipata nella misura dell'86,50% da SAVE S.p.A. società concessionaria dell'Aeroporto di Venezia Marco Polo S.p.A. e, per il restante 13,50%, dalla società La Serenissima Investimenti S.r.l.. La SAVE S.p.A. è, a sua volta, partecipata dal Comune di Venezia in misura pari al 14,63%, dalla Provincia di Venezia in misura pari al 14,45% e dal Comune di Treviso in misura pari al 2,09%. Inoltre, la Serenissima Investimenti S.r.l. è interamente controllata dalla Società Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. nel cui capitale sociale figurano: la Provincia di Vicenza (8,86%), la Provincia di Padova (5,47%), la Provincia di Brescia (5,14%), la Provincia di Verona (4,81%), il Comune di Milano (4,75%), il Comune di Verona (4,55%), il Comune di Padova (3,85%), la Provincia di Bergamo (2,84%), il Comune di Bergamo (2,45%), oltre alle Camere di Commercio di Bergamo, Brescia, Vicenza, Padova e Venezia.

Si è in presenza, pertanto, di una società in cui la partecipazione pubblica è notevole e significativa, connotata dalla presenza di soggetti strettamente collegati al territorio, soggetti, peraltro, deputati ad altri, e più generali, fini.

Di una tale conformazione della società, l'Autorità, alla stregua di quanto in altre sue pronunce già rilevato (Deliberazione n. 135 del 9 maggio 2007 e parere n. 92 del 20 marzo 2008) vuole farsi particolarmente carico dal momento che una partecipazione pubblica, così conformata e qualificata, connota il soggetto che viene in rilievo e ne limita la possibilità di partecipare ad altre procedure di gara.

Anche la tendenza dell'ordinamento, in questo momento [cfr. il dibattito in sede legislativa a proposito di servizi pubblici locali], conferma l'evoluzione normativa innanzi riportata ed essa appare ispirata ad uno *sfavor* per le società partecipate da enti pubblici per i fini a questi consentiti e che non abilitano, pertanto, le società ad attività volte ad altri scopi. Una partecipazione che si indirizzasse a tali diverse finalità, snaturerebbe, infatti, il libero mercato che deve vedere protagonisti, anzitutto, se non esclusivamente, imprenditori, sia pubblici che privati.

Ed è alla stregua di una tale tendenza dell'ordinamento - in armonia, per di più, con i principi comunitari ed in merito alla quale appare conferente richiamare, altresì, la recente sentenza della Corte Costituzionale 1 agosto 2008, n.326 - che l'Autorità ritiene di dover scegliere, anche nell'esplicazione della particolare funzione che le viene riconosciuta dall'art. 6, comma 5, del Codice dei Contratti, una soluzione interpretativa della fattispecie con la quale si afferma che un peculiare apporto di

capitale di enti pubblici a società, come quello sopra evidenziato, è di ostacolo per la partecipazione delle stesse alle procedure di gara.

In tal modo, la soluzione dell'Autorità si pone nel solco delle sue precedenti pronunzie, tutte volte a favorire un mercato in cui l'imprenditorialità sia espressione di una libera iniziativa economica, la quale, come è noto, può essere anche pubblica, ma non è tale se sorge per fini istituzionali e si estende, poi, ad altre attività con i primi del tutto non collegate.

Nel caso di specie, è evidente che Airport Elite S.r.l. è partecipata da società sorte per fini collegati alla territorialità degli enti che erogano le relative risorse e non appare, pertanto, conforme ai principi di un sano mercato che essa partecipi a gare che vanno al di là di questi fini.

In questi sensi, depone, come si è detto, una tendenza legislativa in atto ed una interpretazione la più lata possibile, nel libero mercato, dei principi innanzi richiamati della libera concorrenza e della parità di trattamento di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

In questi sensi, pertanto, pur nella limitata portata della funzione che nel caso di specie si deve esplicitare, l'Autorità decide.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che:

- è solo la stazione appaltante il soggetto legittimato a svolgere il giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta, senza potersi ammettere in alcun caso una sostituzione/supplenza dell'Autorità nell'esercizio di tale potere discrezionale di valutazione;
- la partecipazione della Airport Elite S.r.l. alla gara per l'affidamento in subconcessione in esclusiva delle aree esistenti e da realizzare all'interno dell'aerostazione di Palermo "Falcone e Borsellino" destinate allo svolgimento

dell'attività di ristorazione e di somministrazione di alimenti e bevande, non risulta conforme, in quanto indirettamente partecipata da Enti pubblici territoriali, ai principi della libera concorrenza, della parità di trattamento di cui agli artt. 2, comma 1, del D.Lgs. 163/06.

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8.08.2008