Sentenza del T.A.R. Veneto n. 788 del 25/05/2022

Massima: *"merita sicuramente adesione l'orientamento giurisprudenziale che ha rilevato come possano essere ritenute immediatamente escludenti solo quelle clausole che con assoluta ed oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse dell'impresa in quanto precludono, per ragioni oggettive, a un operatore economico, un'utile partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792), così escludendo ogni possibilità di considerare immediatamente impeditive della partecipazione clausole che, in realtà, non incidano su qualsivoglia operatore economico che intenda partecipare al confronto competitivo, ..(dipendendo, al contrario, solo dalle) specifiche modalità organizzative e produttive del singolo concorrente"*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 499 del 2022, proposto da
F.C. Handling s.r.l. e Airport Global Services s.p.a., rappresentate e difese dall'avvocato Luciano Vasques, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Piazzale Belle Arti 2;

contro

Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via R. Rodriguez Pereira, 280;

nei confronti

ENAC, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Di Giugno, Eleonora Papi Rea e Arianna Ciani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma presso la Direzione analisi giuridiche e contenzioso dell'ENAC,

viale del Castro Pretorio, n. 118;
G.H. Verona s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Lavorgna e Fabio Sanfilippo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Napoli, via Carducci, 37;

per l'annullamento

- del disciplinare di gara del 23 febbraio 2022, relativo alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, per l'appalto del servizio di presidio per voli non schedulati presso l'Aeroporto di Verona Villafranca CIG 90152324CB;

- di ogni atto presupposto, connesso o conseguenziale, compresi tutti gli atti definitivi della gara individuata con il CIG 90152324CB che dovessero essere adottati, tra questi l'eventuale aggiudicazione della stessa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a., di ENAC e di G.H. Verona s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società di gestione dell'aeroporto Valerio Catullo di Verona ha indetto una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, per l'affidamento dei servizi di *handling* per i voli "*non schedulati*", invitando a presentare offerta i due *handler* certificati sullo scalo di Verona per le categorie di servizi da svolgere, ovvero AGS s.p.a. (d'ora in poi AGS) e GH Verona s.p.a. (d'ora in poi GH Verona).

Il criterio di aggiudicazione prescelto è quello del ribasso più alto sulla base d'asta, pari ad euro 252.000,00, IVA esclusa.

Come è noto il mercato dei servizi a terra negli aeroporti è stato oggetto di un processo di liberalizzazione disciplinato, in attuazione della normativa eurounitaria, dal D.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18. Singoli operatori possono fornire servizi di *handling* previo rilascio di un certificato di idoneità.

La liberalizzazione ha ad oggetto i servizi per i voli c.d. "*schedulati*", ovvero programmati, in cui le compagnie aeree scelgono liberamente le imprese alle quali rivolgersi per i servizi di assistenza a terra.

Oggetto della gara in esame, sono invece i servizi per i voli "*non schedulati*", ovvero quelli non anticipatamente concordati quali, ad esempio, i voli dirottati per ragioni meteorologiche o di sicurezza, i voli in emergenza per motivi tecnici, operativi, di *security* o sanitari, i voli di Stato o ancora i voli sanitari per il trasporto di organi.

Per tali voli è necessario assicurare continuità e regolarità nello svolgimento delle operazioni di *handling* per ventiquattro ore al giorno per tutti i giorni della settimana, adottando particolari soluzioni organizzative volte a gestire i servizi imprevisti in condizioni di sicurezza ed evitando interferenze con altre attività.

I servizi di *handling* per voli "*non schedulati*", a differenza di quelli "*schedulati*", non sono stati liberalizzati e sono rimasti nella titolarità del gestore aeroportuale il quale può svolgerli direttamente ovvero, come nel caso in esame, può affidarli a terzi a seguito di una procedura competitiva.

L'odierna ricorrente AGS svolge i servizi di *handling* per i voli "*schedulati*" nell'Aeroporto di Verona avvalendosi dei servizi in subappalto della società FC Handling s.r.l. (d'ora in poi FC) per alcune delle categorie di servizi, mentre la controinteressata GH Verona svolge tutti i servizi direttamente senza valersi di alcun subappalto.

Le ricorrenti AGS e FC ritengono di avere l'obbligo, nell'ambito dell'Aeroporto di Verona, di svolgere qualsiasi tipo di servizio nello scalo, e quindi anche i servizi relativi a voli "*non schedulati*" oggetto della gara, solo con il medesimo assetto organizzativo adottato per i voli "*schedulati*", espressamente autorizzato, che contempla il subappalto.

L'art. 6 del disciplinare della gara in esame dispone che "*tenuto conto della complessità dell'appalto e della necessità di rafforzare i controlli sui luoghi di lavoro, si specifica che il subappalto non è ammesso*".

Con il ricorso in epigrafe le ricorrenti impugnano con tre motivi la *lex specialis* di gara muovendo dall'assunto che il previsto divieto di subappalto contenga una clausola escludente immediatamente lesiva che ha impedito loro di partecipare.

Con il primo motivo le ricorrenti lamentano la violazione di fondamentali principi in tema di evidenza pubblica, l'illogica limitazione della concorrenza e la carenza di motivazione perché la *lex specialis*, impedendo alle ricorrenti di partecipare alla gara, avrebbe ristretto di fatto la procedura ad un solo soggetto, escludendo alla radice la possibilità di qualsiasi confronto competitivo, in violazione del principio della massima partecipazione, mediante la previsione del divieto di subappalto che appare sproporzionato e comportante un'inammissibile barriera di ingresso.

Con il secondo motivo le ricorrenti lamentano la violazione degli articoli 49 e 56 Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, lo sviamento e la carenza di motivazione perché il divieto di subappalto è previsto per dei servizi, quali sono quelli relativi ai voli "*non schedulati*", del tutto identici ai servizi relativi a voli "*schedulati*", per i quali il subappalto è invece ammesso.

Ciò rende evidente, secondo le ricorrenti, che il divieto è stato previsto senza una valida giustificazione e comunque in modo immotivato, tanto più alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che con la sentenza del 16 settembre 2019, resa in causa C-63/18, ha affermato che i limiti quantitativi al subappalto posti dall'art. 105 del D.lgs. n. 50 del 2016 sono incompatibili con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

Con il terzo motivo le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 41 della Costituzione perché nei fatti viene introdotta una limitazione alla libertà delle imprese che operano nel mercato dei servizi di *handling* dell'Aeroporto di Verona, impedendo il ricorso a uno strumento di autoorganizzazione, quale è il subappalto, in assenza di alcuna esigenza di utilità sociale.

Si sono costituiti in giudizio la Società di gestione Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a. (d'ora in poi Aeroporto Catullo), ENAC e la controinteressata GH Verona, eccependo l'inammissibilità del ricorso in relazione all'effetto non escludente della clausola impugnata, e replicando nel merito alle censure proposte.

Alla camera di consiglio dell'11 maggio 2022, fissata per l'esame della domanda cautelare, avvisate le parti della possibile definizione della controversia con sentenza resa in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso, come eccepito dalle controparti, è inammissibile per carenza di interesse in quanto alla previsione del divieto di subappalto disposta dall'art. 6 del disciplinare, non può essere riconosciuta una valenza escludente.

Come chiarito dalle controparti, le ricorrenti sono incorse in un equivoco nell'interpretare la risposta ad un quesito dalle stesse rivolto alla Direzione Aeroportuale Nord-Est di ENAC. Tale Direzione con nota del 25 giugno 2021, ha comunicato che "*le categorie di servizi date in subappalto devono essere svolte da FC Handling per tutti i voli di AGS; tutte le altre categorie di servizio devono essere svolte da AGS per tutti i voli; non è ammesso alcuno scambio di servizi/voli*".

Da questa formulazione della nota, le ricorrenti hanno tratto la conclusione che l'attività regolatoria degli enti preposti abbia cristallizzato, rispetto a qualsiasi servizio da svolgere nello scalo di Verona, la forma organizzativa prevista per lo svolgimento dei servizi relativi a voli "*schedulati*", ovvero il subappalto con le caratteristiche di riparto delle prestazioni che sono state espressamente autorizzate, con la conseguenza che il combinato disposto tra tale attività regolatoria ed il divieto di subappalto previsto dal disciplinare, avrebbe determinato l'impossibilità per loro di partecipare alla gara.

La premessa da cui muovono le censure è tuttavia errata.

Infatti, come chiarito nel corso del giudizio, la necessità di rispettare la ripartizione tra le categorie di servizi oggetto del subappalto, deve intendersi riferita solo ai servizi per i quali il predetto subappalto è stato autorizzato, ovvero quelli relativi ai voli "*schedulati*", ma non vale per qualsiasi altro servizio.

AGS e FC sono prestatori di servizi di *handling* abilitati ad operare nello scalo di Verona, perché hanno ottenuto entrambi la certificazione ENAC.

AGS, in particolare, è certificata ad operare per tutte le categorie oggetto dell'appalto.

In quanto tale avrebbe potuto partecipare individualmente alla procedura di gara, perché in possesso della capacità, per mezzi e personale, necessaria allo svolgimento di tutti i servizi previsti, attestata da ENAC.

FC è certificata invece solo per alcune di tali categorie, ed avrebbe pertanto potuto eventualmente partecipare in un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con AGS, come è espressamente ammesso dall'art. 6, comma 4, del regolamento ENAC Certificazione dei prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra (che consente alle imprese che partecipano a procedure di selezione di costituirsi in raggruppamenti temporanei sul presupposto che ogni soggetto del

raggruppamento sia certificato, indipendentemente da quale sia la specifica categoria alla quale si riferisca la certificazione) e dall'art. 9.1 del disciplinare (che indica in quali modalità devono essere posseduti i requisiti in caso di raggruppamenti temporanei di imprese).

Da tali premesse emerge che, contrariamente a quanto dedotto nel ricorso, non può essere attribuita alla clausola dell'art. 6 del disciplinare che vieta il subappalto la valenza di una previsione escludente, dato che in concreto le ricorrenti avrebbero potuto partecipare anche senza ricorrere al subappalto.

Sul punto, come è stato anche recentemente osservato "*merita sicuramente adesione l'orientamento giurisprudenziale che ha rilevato come possano essere ritenute immediatamente escludenti solo quelle clausole 'che con assoluta ed oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse dell'impresa in quanto precludono, per ragioni oggettive, a un operatore economico, un'utile partecipazione alla gara' (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792), così escludendo ogni possibilità di considerare immediatamente impeditive della partecipazione clausole che, in realtà, non incidano su qualsivoglia 'operatore economico che intenda partecipare al confronto competitivo, ..(dipendendo, al contrario, solo dalle) specifiche modalità organizzative e produttive del singolo concorrente' (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 2658)*" (in questi termini T.A.R. Toscana, Sez. I, 3 febbraio 2022, n. 120).

Il ricorso con il quale AGS e FC hanno impugnato direttamente la *lex specialis* della procedura senza partecipare alla medesima è pertanto inammissibile per carenza di interesse.

Sussistono tuttavia i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti in ragione delle peculiarità della controversia e del carattere in rito della pronuncia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Nicola Bardino, Primo Referendario

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Stefano Mielli	**Maddalena Filippi**