

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola
Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

N. 4976/2012 Reg. Prov. Coll.

N. 8436 Reg. Ric.

ANNO 2010

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso, con motivi aggiunti, numero di registro generale 8436 del 2010, proposto dalla

F. S.p.A., in persona del procuratore speciale dott. M. R., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Luschi e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, via Jachino n. 87

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed Ente Nazionale Aviazione Civile - E.N.A.C., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, ex lege rappresentati e difesi

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola
Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati presso gli Uffici di questa, in Roma, via dei Portoghesi n. 12

AR. S.p.A., in persona del procuratore speciale, dott. A. A., rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, via XX Settembre n. 1

nei confronti di

F. S.r.l.u., già AG. S.r.l., in persona del Presidente pro tempore, sig. P. B., rappresentata e difesa dall'avv. Livia Magrone Furlotti e con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Roma, p. zza di Pietra n. 26

e con l'intervento di

A. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, dott. Simone Ceruti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Laura Pierallini e Lorenzo Sperati e con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Roma, v.le Liegi n. 28

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

A) con il ricorso originario

- del provvedimento di estremi ignoti, con cui è stato respinta la richiesta della società ricorrente di svolgere l'attività di gestione merci e posta all'interno del magazzino cargo, in subappalto con la A. S.p.A., presentata con istanza del 26 maggio 2010;

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

- della nota dell'E.N.A.C. n. 97887 del 24 agosto 2010;

- del bando di gara pubblicato nella G.U.C.E. del 1^a marzo 2008 e nella G.U.R.I. del 5 marzo 2008, nella parte in cui non prevede il ricorso al subappalto per le categorie di servizi 27 allegati XVIIA e XVIIIB della direttiva n. 2004/17/CE;

- del regolamento dell'E.N.A.C., intitolato "Certificato di prestatore di servizi aeroportuali di assistenza a terra", approvato con delibera n. 65/06 del 19 dicembre 2006 e della relativa circolare n. APT-02 del 25 gennaio 2007, lì dove limitano il ricorso al subappalto da parte dell'operatore di servizi di assistenza a terra;

- di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale

B) con i motivi aggiunti depositati il 18 novembre 2010:

- della nota dell'E.N.A.C. n. 97887 del 24 agosto 2010;

- della richiesta di parere della Direzione Aeroportuale di Fiumicino del 16 luglio 2010.

Visti il ricorso originario ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati con il ricorso originario, presentata in via incidentale dalla società ricorrente e preso atto del suo rinvio al merito;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dell'Ente Nazionale Aviazione Civile - E.N.A.C., di AR. S.p.A., di F. S.r.l.u. e di A. S.p.A.;

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola
Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

Visti i motivi aggiunti depositati il 18 novembre 2010;

Visti le memorie ed i documenti depositati dalle parti a sostegno delle rispettive tesi e difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 9 giugno 2011 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

L'odierna ricorrente, F. S.p.A., espone che la società AR. S.p.A. (d'ora in poi AR. S.p.A.), in quanto titolare della concessione di gestione totale dell'aeroporto di Roma, Ciampino e Fiumicino, sulla base di detta concessione ha erogato i servizi di assistenza a terra nello scalo di Fiumicino, fino alla liberalizzazione del mercato dei servizi di assistenza a terra in ambito aeroportuale.

In proposito va precisato che nella "...omissis..." dello scalo di Fiumicino, ubicata nell'area est del sedime aeroportuale, si trovano un Edificio Spedizionieri (per l'attività di tali operatori), un Edificio Servizi Comuni (dedicato ai servizi ed alle attività commerciali di operatori pubblici e privati) ed un Edificio Cargo, nel quale in origine era prevista la presenza di un solo operatore di

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

assistenza a terra ("handler"), appunto la AR. S.p.A. Nel mutato quadro giuridico di riferimento, per il già ricordato processo di liberalizzazione, l'Edificio Cargo è stato ripartito in più unità funzionali, per consentire la presenza di più prestatori dei servizi di assistenza a terra e la società concessionaria ha attivato la procedura di selezione del secondo "handler" destinato ad operare nella "Cargo City" dello scalo di Fiumicino: dopo una prima procedura di gara andata deserta, è poi risultata aggiudicataria la AG. S.p.A., la quale in data 20 dicembre 2007 ha stipulato con la AR. S.p.A. un apposito contratto di compravendita delle azioni del ramo di azienda, modificando, quindi, la propria denominazione in AG. S.r.l..

Successivamente, per consentire la presenza di ulteriori prestatori di "handling" nell'Edificio Cargo, la AR. S.p.A. ha indetto una procedura di gara per l'affidamento in subconcessione della porzione di magazzino disponibile, di cui è risultata aggiudicataria l'esponente. Pertanto, con provvedimento dell'E.N.A.C., F. S.p.A. è stata certificata quale soggetto idoneo a svolgere i servizi di assistenza a terra di cui ai punti 4.1 (assistenza merci) e 4.2 (assistenza posta) dell'Allegato A del d.lgs. n. 18/1999 (recante attuazione della direttiva 96/67/CE, relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della CE). La società ha quindi sottoscritto con AR. S.p.A., in data 22 ottobre 2009, la convenzione per la subconcessione di una porzione dell'Edificio Cargo.

Il 26 maggio 2010 l'esponente ha richiesto all'E.N.A.C. l'autorizzazione al subappalto con la A. S.p.A. dell'attività di trattamento merci e posta all'interno del magazzino presso la "Cargo City" dello scalo di Fiumicino.

Ritenendo che su tale istanza si fosse formato il silenzio assenso, con raccomandate del 21 luglio e del 27 agosto 2010 l'esponente ha reso noto ad AR. S.p.A. di avere affidato in subappalto all'A. S.p.A. il servizio di assistenza nel magazzino dell'Edificio Cargo. Tuttavia, nel corso della riunione tecnica svoltasi il 31 agosto 2010 presso la Direzione Aeroportuale di Roma Fiumicino con il Team E.N.A.C. (ai fini della verifica delle risultanze per l'autorizzazione all'avvio delle attività di tutta la categoria di servizi di cui al punto 4 dell'Allegato A del d.lgs. n. 18 cit.), i responsabili della società esponente venivano a conoscenza della nota dell'E.N.A.C. n. 97887 del 24 agosto 2010, da cui si sarebbe desunto il diniego sull'istanza di autorizzazione al subappalto.

Avverso la suddetta nota E.N.A.C. n. 97887 del 24 agosto 2010 è insorta la F. S.p.A., impugnandola con il ricorso indicato in epigrafe, unitamente al bando di gara ed agli atti connessi e consequenziali, nella parte in cui negano alla società la facoltà di ricorrere al subappalto.

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

A supporto del gravame, con cui ha chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti impugnati, la ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, giacché, attesa la mancanza nel bando di gara della facoltà di subappalto, il ricorso a detta facoltà avrebbe dovuto essere consentito nei limiti ed alle condizioni di cui all'art. 118 cit.; del resto, dalla suddetta mancanza sarebbe dipesa anche l'omessa indicazione, nell'offerta della ricorrente, dell'intento di ricorrere al subappalto. Per di più, le condizioni affinché quest'ultima ricorresse al subappalto si sarebbero venute a creare solo successivamente. Inoltre, i rischi, che la disciplina sul subappalto mira ad evitare, nella vicenda per cui è causa non sussisterebbero, poiché al momento del bando F. S.p.A. sarebbe stata la sola ditta in grado di sostenere l'offerta e che potesse garantire la pluralità di operatori nel settore del cd. handling. Infine, il subappalto verrebbe ammesso anche dalla circolare dell'E.N.A.C. APT-02A, menzionata nella convenzione di subconcessione, e dal regolamento dell'E.N.A.C. approvato con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 65/06;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 10-bis e 20 della l. n. 241/1990, nonché del regolamento dell'E.N.A.C. dell'8 luglio 2010, pubblicato nella G.U. n. 163 del 15 luglio 2010, giacché nel caso di specie sull'istanza di autorizzazione al subappalto presentata dalla ricorrente si sarebbe formato il silenzio assenso. Ove invece si ritenesse comunque formato dall'Ente un provvedimento di diniego, questo sarebbe illegittimo perché non preceduto dal cd. preavviso di rigetto ex art. 10-bis della l. n. 241/1990 (e art. 10 del regolamento dell'E.N.A.C.).

Con motivi aggiunti depositati il 18 novembre 2010 la ricorrente è poi tornata ad impugnare la nota dell'E.N.A.C. n. 97887 del 24 agosto 2010 (già impugnata con il ricorso originario), impugnando in aggiunta la richiesta di parere del 16 luglio 2010 e riproponendo le stesse censure già formulate con l'atto introduttivo del giudizio.

Si è costituito in giudizio l'E.N.A.C., depositando una relazione sui fatti di causa, con allegata la relativa documentazione, a supporto dell'operato dell'Amministrazione.

Si è costituita in giudizio, altresì la AR. S.p.A., depositando una memoria difensiva con molteplici documenti e concludendo per la legittimità degli atti impugnati.

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola
Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

Ancora, si è costituita in giudizio la F. S.r.l.u., già AG. S.r.l., con atto di costituzione formale, depositando successivamente memoria di replica.

Da ultimo, con memoria di costituzione e difensiva è intervenuta in giudizio la A. S.p.A., aderendo al ricorso interposto dalla F. S.p.A. e chiedendone l'accoglimento.

Nella Camera di consiglio del 21 ottobre 2010 le parti concordemente chiedevano fissarsi l'udienza per la discussione del merito del ricorso.

La discussione del ricorso e dei motivi aggiunti è stata fissata dapprima per l'udienza pubblica del 7 luglio 2011 e poi, con decreto presidenziale n. 2601 del 5 maggio 2011, per l'udienza del 9 giugno 2011.

In vista dell'udienza pubblica, la A. S.p.A. ha depositato una memoria, nonché, poi, una memoria di replica.

All'udienza di merito del 9 giugno 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Oggetto di impugnazione è il diniego dell'autorizzazione richiesta dalla ricorrente F. S.p.A. per poter subappaltare all'A. S.p.A. l'attività di handling merci e posta all'interno del proprio magazzino.

Peraltro, nonostante la ricorrente, in conseguenza di accesso agli atti effettuato in data 14 settembre 2010, abbia presentato motivi aggiunti, il predetto diniego di autorizzazione risulta formulato - più che con la nota dell'E.N.A.C. n. 97887 del 24 agosto 2010, oggetto di impugnazione espressa - con la nota dell'E.N.A.C. n. 99071 del 26 agosto 2010 (v. doc. 5

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

dell'E.N.A.C.), la quale, pur se versata in atti in data 18 ottobre 2010, non risulta espressamente impugnata, nemmeno con i motivi aggiunti depositati il 18 novembre 2010. Di qui i dubbi sulla stessa ammissibilità del gravame, a meno che si identifichi la nota dell'E.N.A.C. n. 99071 cit. nel provvedimento oggetto di impugnativa, per come definito nell'epigrafe del ricorso ("provvedimento di estremi ignoti con il quale è stato negato alla società ricorrente di svolgere l'attività di gestione merci e posta all'interno del magazzino cargo, in subappalto con la società A. S.p.A. di cui all'istanza del 26.5.2010").

In ogni caso, nel merito sia il ricorso originario, sia quello per motivi aggiunti (che ne ripropone le doglianze) sono infondati.

È, anzitutto, infondata la doglianza di violazione dell'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, atteso che, nel caso di specie, è la medesima ricorrente ad ammettere pacificamente di non aver indicato, in sede di offerta, l'intenzione di ricorrere al subappalto per parte delle prestazioni.

Il punto necessita di un approfondimento.

In linea generale, il subappalto è il contratto che consente di sostituire altri soggetti all'appaltatore originario nell'esecuzione di una parte delle prestazioni a carico di quest'ultimo, il quale resta unico referente del committente. In materia di appalti pubblici, la disciplina organica dell'istituto è dettata dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, che, nel prevedere il subappalto (quale deroga all'insostituibilità dell'appaltatore nell'esecuzione del contratto), introduce, tuttavia, una serie di cautele e limiti, onde evitare - nota la dottrina - sia indiscriminate forme di intermediazione nell'attuazione del rapporto contrattuale tali da pregiudicare la buona riuscita dell'intervento (tipica, al riguardo, è la previsione della necessità dell'autorizzazione), sia la dispersione di risorse adeguate alla qualità della fornitura del bene o del servizio.

Dal canto suo, la giurisprudenza ha chiarito che le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, ex art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, non sono intese soltanto a tutelare l'interesse della P.A. committente all'immutabilità dell'affidatario, ma tendono invece a evitare che, nella fase esecutiva del contratto, si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato (C.d.S., Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1721).

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

Ciò premesso, in base all'art. 118, comma 2, n. 1), del d.lgs. n. 163 cit., l'affidamento in subappalto è sottoposto, anzitutto, alla condizione che il concorrente all'atto dell'offerta abbia indicato i lavori, i servizi, le forniture o le parti di essi che intende subappaltare.

Secondo la giurisprudenza, la suddetta indicazione è fondamentale e deve essere tale da specificare in maniera chiara e precisa quali prestazioni si intendono effettivamente subappaltare, giacché essa, consentendo alla P.A. di conoscere in anticipo quali parti del servizio si intendano subappaltare, le permette di verificare l'affidabilità dell'impresa subappaltatrice, tanto è vero che la sua omissione, o la sua redazione in forma ipotetica, generica ed indeterminata, rendono legittima l'esclusione della concorrente dalla gara (v. C.d.S., Sez. V, 3 novembre 2010, n. 7745): esclusione dalla gara che, per altra giurisprudenza, è legittima se la genericità o incompletezza della dichiarazione sia sanzionata espressamente in tal senso dal bando di gara (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 7 luglio 2009, n. 6574), o quando l'impresa offerente risulti sfornita in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare (C.d.S., Sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708), mentre negli altri casi la sanzione è l'impossibilità, per l'offerente, di ricorrere al subappalto (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 21 novembre 2007, n. 5916; id., Sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4572; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 16 aprile 2010, n. 202).

Invero, rispetto alla previgente normativa (art. 34, comma 1, della l. n. 109/1994) è stato eliminato l'obbligo della preventiva indicazione in sede di gara delle imprese subappaltatrici, essendo stato il suddetto obbligo soppresso dall'art. 9 della l. n. 415/1998 e non riproposto dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006: ciò, fermo restando, peraltro, l'obbligo di indicare al momento dell'offerta le prestazioni da subappaltare, cosicché, se non è richiesta la preventiva esternazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice, è comunque sempre necessaria la conoscenza preventiva dei profili quantitativi del subappalto.

Alla luce di quanto appena visto, pertanto, la mancata dichiarazione, da parte della F. S.p.A. in sede di offerta, dell'intento di ricorrere al subappalto, non può essere intesa altrimenti che come impossibilità, per la medesima, di ricorrere al subappalto.

A nulla varrebbe replicare, come si fa nel ricorso, che la predetta omissione è dipesa dalla mancata previsione, nel bando di gara, della facoltà di subappaltare le prestazioni oggetto della gara stessa. Infatti - in contraddizione con tale giustificazione - è la stessa ricorrente ad affermare che l'assenza nel bando di gara, della previsione della facoltà di subappaltare, non può essere intesa come divieto del subappalto (configurabile solo ove espressamente previsto),

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

ma implica l'eterointegrazione del bando stesso, nel senso di consentire il ricorso al subappalto alle condizioni e nei limiti dell'art. 118 cit. (che lo ammette per tutte le prestazioni, purché nei limiti del trenta per cento, per i lavori, della categoria prevalente, per i servizi e le forniture, dell'importo complessivo del contratto). Quindi, la ricorrente, pur in mancanza di una previsione del bando in ordine al subappalto, avrebbe ben potuto presentare la dichiarazione ex art. 118, comma 2, n. 1), del d.lgs. n. 163/2006, la cui omissione, in definitiva, non può che implicare l'obbligo, per la ricorrente, di svolgere in proprio le prestazioni (in modo analogo a quando il concorrente dichiara di ricorrere al subappalto per prestazioni che la legge o il bando non consentono siano eseguite con questa modalità: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 marzo 2011, n. 487).

Sotto ulteriore profilo, si è poc'anzi ricordato come, in base all'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163 cit., la quota parte subappaltabile non possa eccedere il trenta per cento (per i lavori, della categoria prevalente, per i servizi e le forniture, dell'importo complessivo del contratto), con il corollario che non si può, dunque, affidare in subappalto l'intero oggetto del contratto. Ne deriva che va condivisa l'osservazione della F. S.r.l.u., secondo cui, in assenza della dichiarazione sull'intento di dare in subappalto il servizio di "handling" cargo per terzi e in presenza di un'istanza di autorizzazione al subappalto non limitata al trenta per cento dei servizi aggiudicati alla ricorrente (qual è l'istanza di autorizzazione del 26 maggio 2010, doc. 6 della ricorrente), mancano non solo la prima (indicazione dell'intento di subappaltare), ma anche la seconda condizione (indicazione delle prestazioni da dare in subappalto) prevista dall'art. 118 cit. per ottenere la citata autorizzazione. Ne deriva l'infondatezza, anche per questo verso, del motivo di ricorso in esame.

Non convincono le obiezioni mosse in proposito dalla ricorrente, secondo cui solo successivamente all'aggiudicazione si sarebbero create le condizioni per il subappalto, in quanto: a) anzitutto, all'atto dell'offerta, non sarebbero esistiti soggetti in grado di adempiere al servizio per come strutturato nel bando di gara (come dimostrerebbe la circostanza che una prima gara per l'affidamento del servizio era andata deserta); b) la crisi generale che ha colpito il traffico aereo avrebbe provocato un calo nel traffico merci con un andamento negativo del quadro economico oltre le previsioni stimabili all'atto dell'offerta; c) vi sarebbero stati ritardi nelle ispezioni e nel rilascio delle autorizzazioni e si sarebbe consentito lo svolgimento dell'attività di "handling" fuori dal sedime aeroportuale, a condizioni ben più favorevoli (attesa la non corresponsione del canone di subconcessione).

Ad avviso del Collegio, tuttavia, si tratta di obiezioni che non spiegano, in realtà, i motivi per cui la società non ha dichiarato in sede di offerta l'intenzione di ricorrere al subappalto: ciò, tenuto anche conto di quanto sopra detto circa la non necessità, alla luce del mutato quadro normativo, di indicare ab initio il nome della ditta subappaltatrice, essendo sufficiente l'indicazione delle parti del servizio che si intendono subappaltare. Dette obiezioni appaiono

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

inconferenti, nella misura in cui portano a conclusioni opposte a quelle illustrate nel ricorso: il peggioramento della situazione economica, o il profilarsi di concorrenti che operavano a condizioni di mercato più favorevoli, sono sopravvenienze che avrebbero dovuto scoraggiare l'ingresso di ditte subappaltatrici (costrette ad agire in un quadro tutt'altro che vantaggioso per la loro iniziativa economica), e non favorirlo. In ogni caso, si tratta di eventi che la società ricorrente avrebbe dovuto raffigurarsi, almeno tendenzialmente, nel calcolo di convenienza economica dell'affare o che, se straordinari ed imprevedibili, evocano rimedi civilistici di natura del tutto diversa dal ricorso al subappalto. In definitiva, si tratta di argomenti non in grado di infirmare la conclusione dell'infondatezza del motivo in esame.

Ad una diversa conclusione non induce neanche il richiamo - negli atti di gara e nella convenzione di subconcessione - alla circolare dell'E.N.A.C. APT-02A del 25 gennaio 2007 ed al regolamento per il rilascio del certificato di prestatore di servizi aeroportuali di assistenza a terra, approvato con deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'E.N.A.C. n. 53/2008 del 23 settembre 2008 (che emenda precedente deliberazione n. 65/06, menzionata nel ricorso).

Invero, il capitolato speciale, all'art. 5, stabilisce che l'impresa assegnataria della subconcessione è tenuta ad eseguire in proprio i servizi di assistenza delle merci e della posta trasportate per via aerea e che è fatto divieto di affidamento totale o parziale a terzi, da parte del subconcessionario, di uno o più servizi di assistenza di cui ai punti 4.1 e 4.2 dell'Allegato A del d.lgs. n. 18/1999 (cioè, come si è già visto, assistenza merci ed assistenza posta), "fatto salvo quanto espressamente consentito dalla Circolare ENAC APT02A". Dal canto suo, la convenzione di subconcessione all'art. 17.2 reca una previsione analoga, imponendo l'obbligo per la subconcessionaria di eseguire in proprio i servizi di assistenza delle merci e della posta trasportate per via aerea, "salvo quanto previsto dalla Circolare ENAC APT - 02A e successive modifiche ed integrazioni".

La predetta circolare dispone, al capitolo 7, che:

- il subappalto è consentito (previa autorizzazione da parte dell'E.N.A.C.), tranne che il servizio sia stato aggiudicato a seguito di gara;

- il subappalto è ammesso solo per le attività di cui al precedente capitolo 6, paragrafo 5 e cioè per i servizi di assistenza a terra con disciplina semplificata;

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

- il subappalto è ammesso anche per attività di "handling" diverse da quelle di cui al citato capitolo 6, paragrafo 5, purché il prestatore sia in possesso del certificato di idoneità rilasciato dall'E.N.A.C. sulla base della disciplina dettata dalla medesima circolare.

Previsioni di contenuto pressoché identico sono poi contenute nell'art. 7 del suindicato regolamento dell'E.N.A.C. approvato con deliberazione n. 53/2008.

Sostiene la difesa dell'E.N.A.C. che la riferita circolare dell'E.N.A.C. conferma la legittimità degli atti impugnati e la sussistenza, a carico della F. S.p.A., del divieto di subappalto del servizio di "handling", stante il divieto di subappalto qualora - com'è avvenuto nel caso di specie - il servizio sia stato affidato con gara. La ricorrente e la A. S.p.A., invece, desumono dalle disposizioni ora indicate l'ammissibilità del subappalto nella fattispecie per cui è causa, ciò che - va detto - parrebbe potersi desumere anche dall'art. 4.16 della citata convenzione di subconcessione, il quale, nel prevedere l'estraneità della AR. S.p.A. rispetto ai rapporti tecnici, legali, amministrativi ed economici tra la subconcessionaria "e le imprese appaltatrici e subappaltatrici dei lavori", sembra dare per scontata la possibilità del ricorso al subappalto. Tuttavia, neppure siffatta argomentazione coglie nel segno. Infatti, vi ostano innanzitutto il primo comma dell'art. 7 della circolare E.N.A.C. APT-02A e dell'art. 7 del regolamento E.N.A.C., dove - come si è visto - il subappalto è ammesso solo al di fuori dell'affidamento attraverso gara. Inoltre, in contrario è decisiva l'osservazione che, anche se si volessero intendere le suindicate disposizioni come norme che consentono il ricorso al subappalto nella vicenda de qua, tale ricorso non potrebbe che avvenire nel rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 e dunque, ancora una volta, nel rispetto della regola che impone all'impresa di dichiarare, nell'offerta, l'intenzione di ricorrere al subappalto: dichiarazione che - va ribadito - la F. S.p.A. ha ommesso di effettuare. Cosicché, anche per questa via si conferma l'impossibilità per detta società di ricorrere al subappalto e la conseguente infondatezza della doglianza.

Del tutto privo di fondamento è, poi, l'assunto della A. S.p.A., secondo cui nella vicenda in esame non sarebbe applicabile l'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, vertendosi non già in materia di aggiudicazione di appalti di opere o servizi, ma di procedura ad evidenza pubblica per la selezione del subconcessionario di un'area demaniale (una porzione del cd. Edificio Cargo). Secondo questa erronea ricostruzione, esaurita la fase dell'aggiudicazione, alla subconcessione degli spazi demaniali non si applicherebbero le norme disciplinanti l'esecuzione del contratto - tra cui l'art. 118 cit. -, ma quelle disciplinanti lo svolgimento dei servizi di assistenza a terra in ambito aeroportuale (e, segnatamente, il d.lgs. n. 18/1999 e la già ricordata circolare dell'E.N.A.C. APT-02A del 25 gennaio 2007). Se ne dedurrebbe l'ammissibilità del subappalto nei servizi di "handling" relativi alle merci ed alla posta unicamente tra operatori certificati (art. 7, terzo comma, della circolare), quali, appunto, F. S.p.A. ed A. S.p.A., subordinatamente all'autorizzazione preventiva dell'E.N.A.C.. La diversità tra esecuzione dell'appalto, cui si applica l'art. 118 del d.lgs. n. 163 cit., ed esecuzione della

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

subconcessione di aree demaniali, quale quella qui in esame, si desumerebbe dalla lettura della più volte menzionata convenzione di subconcessione, la quale:

- all'art. 17.1 pone il divieto per il subconcessionario di consentire a terzi l'uso, anche solo a titolo parziale o gratuito, dei beni oggetto della subconcessione stessa;

- all'art. 17.2 (come già visto) afferma per i servizi di assistenza merci e posta la regola generale per cui devono essere eseguiti in proprio dalla subconcessionaria, salvo quanto previsto dalla circolare dell'E.N.A.C. APT-02A.

Pertanto, l'E.N.A.C. sarebbe incorso, con gli atti impugnati, in un palese equivoco, confondendo il reale oggetto della gara ed errando sulla disciplina successiva all'aggiudicazione. Infatti, il richiamo al primo comma dell'art. 7 della circolare E.N.A.C., lì dove si vieta il subappalto ove il servizio sia stato aggiudicato a seguito di gara, sarebbe fuorviante, in quanto il divieto si riferirebbe alla diversa ipotesi in cui oggetto della gara sia il servizio (che si vorrebbe subappaltare) e non all'ipotesi in cui la gara abbia riguardato l'aggiudicazione di spazi demaniali. D'altro lato, sarebbe prassi comune del settore il ricorso, da parte dei subconcessionari di spazi (ad es. le compagnie aeree) al subappalto di molti dei servizi a terra (check-in, assistenza bagagli, ecc.) svolti nelle aree in subconcessione. E da ultimo, ove si seguisse la tesi dell'E.N.A.C., il duplice rinvio alla circolare contenuto nel capitolato e nella convenzione di subconcessione sarebbe privo di senso. In definitiva, nella vicenda in esame il subappalto avrebbe avuto ad oggetto unicamente alcune delle attività di "handling", in particolare la gestione a magazzino di merci e documenti, mentre la subconcessionaria F. S.p.A. avrebbe continuato a svolgere l'attività commerciale, di gestione amministrativa, di supervisione, ed il trasporto della merce dal magazzino all'aeromobile e viceversa.

Nessuna delle riferite argomentazioni trova conferma dalla lettura dei documenti versati in atti.

Ed invero, il bando di gara ha sì ad oggetto la subconcessione di una porzione dell'Edificio Cargo costituita da un magazzino deposito e trattamento merci ("Magazzino Cargo"), ma con destinazione a servizi di assistenza alle merci in ambito aeroportuale: dunque, la subconcessione è strumentale e strettamente connessa all'esecuzione dei servizi di "handling", che - si può senz'altro concludere - costituiscono l'oggetto principale della gara: ciò, del resto, è dimostrato ampiamente dalla Sezione III del bando stesso, avente ad oggetto le informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico. Le informazioni richieste, infatti, riguardano tutte i requisiti per lo svolgimento dei servizi di assistenza. Decisivi, in questo senso, sono:

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

- la lett. a) del punto III.2.1), lì dove si richiede alle concorrenti la certificazione dell'iscrizione nel registro delle imprese, o nell'albo delle imprese artigiane, o nel registro professionale dello Stato di residenza, in corso di validità alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, "attestante che l'impresa opera nel settore dei servizi di assistenza a terra e/o della movimentazione delle merci a terra in ambito aeroportuale";

- la lett. c) del punto III.2.1), lì dove si richiede alle concorrenti un certificato dell'E.N.A.C. il quale attesti l'idoneità ex art. 13 del d.lgs. n. 18/1999 (disposizione avente ad oggetto la verifica, da parte dell'E.N.A.C., dell'idoneità dei prestatori di servizi di assistenza a terra), sullo scalo di Fiumicino, per lo svolgimento dei servizi di assistenza di cui al punto 4.1 (ed al punto 4.2 nell'ipotesi di offerta estesa ai servizi ivi previsti) dell'Allegato A del d.lgs. n. 18 cit.;

- la lett. b) del punto III.2.2 ("Capacità economica e finanziaria"), dove si richiede la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa attestante l'importo relativo ai servizi di movimentazione di merci effettuati negli ultimi tre anni in ambito aeroportuale;

- la lett. a) del punto III.2.3 ("Capacità tecnica"), lì dove viene richiesta la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa attestante l'avvenuta regolare esecuzione negli ultimi tre anni di attività analoghe a quelle da svolgere nell'edificio oggetto di subconcessione, per un movimento minimo di merci non inferiore a 10.000 tonnellate all'anno, in almeno un aeroporto nazionale o internazionale (da indicare espressamente), avente un movimento minimo di merce complessivo non inferiore alle 25.000 tonnellate annue.

Ugualmente decisiva è la lettura della lettera di invito, la quale richiede la presentazione nella busta n. 2 ("Offerta") del Piano industriale, cui è assegnato il compito di descrivere nel dettaglio una serie di modelli ("Modello di allestimento del Magazzino Cargo"; "Modello organizzativo"; "Modello strategico commerciale") concernenti tutti lo svolgimento dei servizi di assistenza a terra ai vettori per la movimentazione di merci in ambito aeroportuale. La predetta lettera di invito richiede inoltre l'inserimento nella busta n. 2 ("Offerta") di informazioni circa il personale da destinare ai servizi di assistenza a terra "da svolgere nei beni in subconcessione oggetto della presente procedura" e circa il livello di qualità dei servizi di import e di export. Anche in questo caso, perciò, vengono richieste informazioni riguardanti tutto lo svolgimento dei servizi di "handling" e che dimostrano il carattere strumentale alla fornitura di tali servizi proprio della subconcessione di spazi demaniali.

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

Infine, la convenzione di subconcessione contiene numerosi articoli che confermano come oggetto principale della gara sia stato l'affidamento dei servizi di assistenza a terra, per la cui esecuzione la subconcessione stessa è strettamente strumentale. Fondamentali, in questo senso, sono gli artt. 2, 11 e 12, disciplinanti rispettivamente l'oggetto della convenzione, la gestione, conduzione ed esercizio dei beni in subconcessione, e l'organizzazione e svolgimento dei servizi di assistenza a terra. L'art. 2, anzitutto, stabilisce che la convenzione ha ad oggetto la subconcessione in esclusiva di una parte del cd. Edificio Cargo, ubicato nella Cargo City dell'aeroporto di Fiumicino (art. 2.1), ed inoltre lo svolgimento, da parte della subconcessionaria, del servizio di assistenza alle merci ed alla posta, di cui ai punti 4.1 e 4.2 dell'Allegato A al d.lgs. n. 18/1999 (art. 2.4). L'art. 11.3 prevede, invece, che il cd. Magazzino Cargo e gli altri beni oggetto della subconcessione sarebbero stati utilizzati dalla subconcessionaria "per l'esercizio dell'attività di assistenza alle merci ed alla posta trasportate per via aerea" e per i servizi strettamente necessari e connessi a tali attività. L'art. 12 è poi interamente dedicato alla disciplina dei servizi di "handling", ciò che non avrebbe alcun senso se fosse fondato l'assunto della A. S.p.A. secondo cui, nel caso in esame, non si è trattato della procedura di affidamento di un servizio.

Quanto, poi, al fatto che il subappalto avrebbe avuto ad oggetto unicamente alcune delle attività di "handling" (la gestione a magazzino di merci e documenti), mentre la ricorrente avrebbe continuato a svolgere l'attività commerciale, di gestione amministrativa, di supervisione, ed il trasporto della merce dal magazzino all'aeromobile e viceversa, deve al riguardo osservarsi, anzitutto, la mancata produzione ad opera delle parti interessate (ed a ciò onerate ex art. 2697 c.c.) di copia del contratto di subappalto. In ogni caso, se ne ricava la conferma della necessità, nel caso di specie, della previa dichiarazione ex art. 118, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006, poiché, come più volte ricordato, tale dichiarazione deve non solo esprimere la volontà del concorrente di ricorrere al subappalto, ma deve anche recare l'elencazione dei lavori o parti di opere, o dei servizi o forniture, o parti di servizi o forniture, che si intendono subappaltare.

Del pari infondato risulta il secondo motivo, con cui la F. S.p.A. lamenta che nel caso di specie si sarebbe formato il silenzio assenso ex art. 20 della l. n. 241/1990. La ricorrente, infatti, sostiene che, avendo essa presentato istanza di autorizzazione al subappalto in data 26 maggio 2010 e non essendosi vista comunicare alcun provvedimento espresso di diniego (menzionato soltanto in via incidentale nella riunione tecnica del 31 agosto 2010 e nella comunicazione di AR. S.p.A. del 2 settembre 2010), risulterebbe ampiamente maturato il silenzio assenso sulla predetta istanza, poiché il termine per la sua formazione sarebbe spirato il 25 agosto 2010.

In contrario è tuttavia decisiva l'osservazione che, secondo l'insegnamento della migliore dottrina e della giurisprudenza, il titolo abilitativo tacito può formarsi soltanto ove ricorrano tutti i

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

presupposti necessari, essendo questi ultimi gli elementi costitutivi della fattispecie (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 11 febbraio 1999, n. 145). Si è così evidenziato che l'interpretazione teleologica del regolamento attuativo dell'art. 20 (d.P.R. n. 300/1992), lì dove (cfr. artt. 3 e 4) questo disciplina le condizioni per la formazione del silenzio assenso, porta a ritenere che il succitato strumento di semplificazione non possa essere piegato a finalità elusive del dettato legislativo, determinando la formazione del titolo abilitativo tacito nonostante la mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla legge per lo svolgimento di una certa attività. Ed invero, se la norma legislativa o regolamentare impone per il rilascio del titolo determinati requisiti, il privato non può confidando nell'inerzia della P.A., ritenere acquisiti il titolo e la conseguente legittimazione all'esercizio dell'attività, in evidente spregio delle previsioni normative di settore (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 401). Così, ad es., la presentazione di un modulo incompleto, dal quale non si possa evincere la sussistenza, in capo al richiedente, dei requisiti di legge, non può consentire di eludere le prescrizioni normative, valendosi all'uopo del silenzio assenso, a pena, in caso contrario, di riconoscere l'idoneità alla decorrenza del termine per la formazione del silenzio assenso anche in capo a dichiarazioni nulle od inesistenti (cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 17 aprile 2009, n. 669). La giurisprudenza ha, altresì, precisato che è onere di colui che invoca la formazione di un provvedimento favorevole per silenzio assenso dimostrare la ricorrenza di tutti i presupposti di fatto all'uopo necessari, poiché i predetti presupposti si atteggiavano quali elementi costitutivi della fattispecie di cui la parte deduce il perfezionamento (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 145/1999, cit.). Sulla stessa linea si è orientata la dottrina, che ha rimarcato come l'interessato debba dichiarare nell'istanza il possesso di tutti i requisiti soggettivi, nonché la sussistenza di quelli oggettivi necessari al conseguimento del provvedimento favorevole.

Orbene, nel caso di specie, la mancata indicazione da parte della F. S.p.A., all'atto di formulazione dell'offerta, dell'intenzione di ricorrere al subappalto ex art. 118 del d.lgs. n. 163 cit., ha impedito ed impedisce, ad avviso del Collegio, il decorso del termine di formazione del silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione al subappalto presentata dalla predetta società all'E.N.A.C. in data 26 maggio 2010, difettando un presupposto indispensabile, quale deve considerarsi la succitata indicazione, per il decorso di tale termine. Ed infatti, per quanto poc'anzi esposto a confutazione del primo motivo di ricorso, la dichiarazione, in sede di offerta, dell'intento di ricorrere al subappalto si atteggia come elemento costitutivo della fattispecie, cosicché, in mancanza di detta dichiarazione, il titolo abilitativo tacito non può reputarsi formato. Per tale ragione, neppure ha senso invocare, come fa l'odierna ricorrente, la violazione dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990, lamentando che l'eventuale provvedimento di diniego sarebbe illegittimo perché non preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di autorizzazione: nel caso di specie, infatti, pur ove non fosse intervenuto alcun provvedimento negativo da parte dell'E.N.A.C., il silenzio assenso non si sarebbe comunque potuto formare per la carenza (di uno) dei relativi presupposti, con conseguente mancato prodursi, in capo alla ricorrente, del titolo abilitativo tacito. In questo senso va, pertanto, condivisa la tesi dell'E.N.A.C., per cui il silenzio assenso non avrebbe potuto formarsi in difetto di un obbligo giuridico di provvedere: obbligo non ravvisabile nella fattispecie in esame, a causa della mancanza, in capo alla F. S.p.A., di una posizione giuridica qualificata, per non avere la predetta società esplicitato, nell'offerta, l'intenzione di ricorrere al subappalto.

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola

Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

In definitiva, il ricorso originario e quello per motivi aggiunti (che ne ripropone le censure) sono nel loro complesso infondati e debbono essere respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico della ricorrente nei confronti delle Amministrazioni resistenti e delle controinteressate, mentre vengono compensate nei confronti di A. S.p.A..

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Terza Ter - così definitivamente pronunciando sul ricorso originario e su quello per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la società ricorrente a corrispondere alle resistenti Amministrazioni, ad AR. S.p.A., ed a F. S.r.l.u. le spese ed onorari di causa, che liquida in misura forfettaria in euro 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna delle suddette parti (per Ministero dei Trasporti ed E.N.A.C., euro 1.000,00 ad ognuno), per complessivi euro 6.000,00 (seimila), più accessori di legge.

Compensa le spese nei confronti di A. S.p.A..

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del giorno 9 giugno 2011, con l'intervento dei magistrati:

Erroneità della dichiarazione di subappalto

Scritto da Melita Manola
Mercoledì 13 Giugno 2012 10:13 -

IL PRESIDENTE

Giuseppe Daniele

L'ESTENSORE

Pietro De Berardinis

IL CONSIGLIERE

Donatella Scala

Depositata in Segreteria il 31 maggio 2012

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