



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 188 del 1 marzo 2018

Fascicolo n. 3742/2016

Oggetto: procedura di privatizzazione Aeroporto di Alghero attraverso avviso pubblico di collocazione delle azioni SO.GE.A.AL inoptate. Segnalazione dott. Mauro Pili (Deputato della Repubblica).

Il Consiglio

nell'adunanza del 1 marzo 2018;

Visto l'articolo 19, comma 2, del d.l. 24.6.2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. n.114 11.8.2014 secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il d.lgs. n.163 del 12.4.2006 e successive modificazioni;

Visto il d. lgs. n.50 del 18.4.2016 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Considerato in fatto

Con nota prot. n. 125689 in data 29.8.2016, l'on. Mauro Pili, deputato della Repubblica, ha segnalato l'anomalia della procedura di vendita delle quote di capitale sociale della Società SOGEAAL, titolare della gestione dell'aeroporto di Alghero; rilevando, in particolare, quanto segue:

a) le proroghe immotivate hanno comportato che nel periodo si è verificato un mutamento delle condizioni di mercato e le decisioni comunitarie hanno radicalmente mutato lo status gestionale, finanziario ed economico dell'aeroporto; in particolare, l'esponente segnala "un crollo rilevante del valore (delle azioni inoptate) che potrebbe essere stato determinato funzionalmente ad un deprezzamento del valore stesso del capitale azionario, tale da avvantaggiare l'eventuale acquirente" e ciò soprattutto per la contiguità politica e personale tra l'assessore regionale dei trasporti Massimo Deiana e un consigliere d'amministrazione della società F2i ing. Antonello Cabras;

b) l'art. 2 comma 2 del DM 521/1997, attuativo dell'art. 10 comma 13 legge 537/1993 – il quale prevede che siano costituite apposite società di capitali per la gestione dei servizi e la realizzazione delle infrastrutture negli aeroporti – stabilisce che per la costituzione di una società mista per la gestione aeroportuale debbano applicarsi gli articoli 2 e 3 del d.p.r. 533/1996, secondo cui nelle gare per l'individuazione del socio privato di maggioranza, da espletarsi secondo le modalità dell'appalto concorso di cui al d.lgs. 157/1995, la lettera d'invito deve specificare "gli elementi che dovranno essere indicati nell'offerta e che saranno valutati ai fini della scelta del contraente, con particolare riferimento ad un piano economico-finanziario, esteso all'intero arco temporale

indicato nel bando, nel quale siano specificate, fra l'altro: le caratteristiche tecniche del servizio; le condizioni economiche che saranno praticate all'utenza, eventualmente anche sotto forma di tariffe differenziate per fasce; gli eventuali servizi accessori”;

c) l'applicazione delle disposizioni di cui al d.l. 332/94 in luogo di quelle del d.p.r. 533/97, configura un aggiramento delle norme sottese alla tutela della trasparenza e del confronto concorrenziale sull'affidamento non solo del pacchetto azionario, ma soprattutto della gestione della società; attraverso l'acquisto della maggioranza delle azioni il privato verrebbe infatti immesso nella gestione di un servizio pubblico in regime di monopolio naturale, che era nella titolarità dell'ente pubblico, senza il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica;

d) con la previsione nel bando dell'apertura della busta C contenente l'offerta tecnica solo nell'ipotesi di un'offerta *ex aequo*, la parte dei servizi e della gestione verrebbe affidata senza alcuna valutazione e verifica delle proposte gestionali, mentre il soggetto aggiudicatario si troverebbe proprio a gestire il servizio considerato.

Valutata preliminarmente la rilevanza e la competenza dell'Autorità sul profilo attinente la presunta elusione della procedura di evidenza pubblica con nota n.31925 del 1.3.2017 sono state acquisite preliminari informazioni richiedendo alla SOGEAAL una dettagliata relazione in merito ai seguenti aspetti:

- le motivazioni dei reiterati avvisi di proroga termini o sospensione degli stessi;
- l'eventuale modifica/modifiche delle condizioni di gara se avvenute contestualmente o successivamente alle proroghe;
- la valutazione delle variazioni dello scenario gestionale, finanziario ed economico della Società nel periodo di proroga concesso;
- le motivazioni per cui nella procedura in argomento non sono stati attuati gli articoli 2 e 3 del d.p.r. 533/1996 e non è stato previsto alcun confronto competitivo sulle modalità di gestione del servizio;
- la completa documentazione relativa alla procedura avviata (lettere di invito, capitolati, ecc ...)
- lo stato attuale della procedura e quanto alto ritenuto utile a rappresentare l'intera procedura condotta.

Con nota in data 31.3.2017, il Presidente del CdA della società, dott. Mauro Maia, riscontrava la richiesta di A.N.AC., precisando che:

a) Le proroghe sono state motivate dal perdurare della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia sulle compensazioni agli aeroporti sardi per obbligazioni di servizio pubblico, che, avviata nel 2012, si è conclusa solo nel 2016. Pertanto, la necessità di posticipare il termine per la presentazione delle offerte è dipeso essenzialmente dall'imprevisto protrarsi della suddetta procedura. La possibilità di una ipotetica restituzione dei finanziamenti percepiti (euro 37.000.000), ha condizionato la formulazione delle offerte risultando detta somma addirittura superiore al capitale sociale di SOGEAAL. Inoltre, nel rispetto dei principi di trasparenza e di divieto di discriminazioni, la Società ha sempre avuto cura di disporre il rinvio del termine per presentare le offerte solo dopo aver verificato che alla scadenza iniziale nessuna proposta fosse intervenuta.

b) le previsioni contenute nell'Avviso non hanno subito modifiche rispetto a quelle presenti al momento della indizione della procedura di gara, tant'è che F2i è stata selezionata secondo il criterio originariamente previsto nell'Avviso, a norma del quale l'aggiudicazione sarebbe intervenuta a favore dell'operatore che avesse fornito il sovrapprezzo più elevato sulle azioni rimaste inopstate.

c) Con riferimento alla “valutazione delle variazioni dello scenario gestionale, finanziario ed economico della Società nel periodo di proroga concesso”, nella nota in esame si richiama la circostanza relativa alla necessità di un intervento ulteriore della Regione nelle more della

privatizzazione, dovuto al progressivo deterioramento della posizione finanziaria della Società per effetto del protrarsi della procedura di infrazione. Tuttavia, lo stesso Presidente fa notare che la ricapitalizzazione, necessaria a fronte di una riduzione del capitale sociale al di sotto del valore minimo fissato dall'art. 2447 c.c., è avvenuta nei limiti strettamente necessari per ripristinare la situazione patrimoniale esistente alla data del 17 dicembre 2014 e, in più, nel rispetto del principio del c.d. "MEIP" (Market Economy Investor Principle), ovvero del comportamento che avrebbe seguito un imprenditore privato operante in regime di economia di mercato. Per non incorrere nella violazione delle norme sugli aiuti di Stato è stato necessario rivedere il Piano industriale originario. L'intervento finanziario della Regione Sardegna ha semplicemente ripristinato la situazione patrimoniale di SOGEAAL esistente al momento dell'avvio della privatizzazione. E tutti gli elementi relativi al mutato assetto finanziario dovuto alla suddetta ricapitalizzazione sono stati resi noti agli investitori mediante inserimento in data room e mediante rinvio del termine per la presentazione delle offerte, proprio per consentire agli operatori interessati la possibilità di formulare un'offerta pienamente consapevole.

d) Le norme applicate nella procedura in questione sono state correttamente individuate nel dl 322/1994, che impone procedure trasparenti e non discriminatorie, sulla base di quanto previsto dall'art. 2 comma 3, del DM 521/1997 per l'ipotesi di "cessione a privati delle quote di maggioranza" di società già esistenti; pur trattandosi di un' ipotesi diversa da quella della scelta del socio privato in fase di costituzione della società, che deve avvenire nel rispetto di quanto previsto agli articoli 2 e 3 del d.p.r 533/1996, i criteri seguiti per la cessione a privati delle quote di maggioranza della Società già costituita, non contrastano con quelli propri della normativa appena citata. Nell'Avviso, si chiarisce, erano presenti tutte le informazioni necessarie a consentire agli operatori interessati di formulare offerte pienamente consapevoli e i criteri di selezione del socio privato sono stati predeterminati in modo analitico. La presenza, poi, di un Piano industriale di cui SOGEAAL, società operativa, era già dotata, ha consentito di subordinare l'esame delle offerte tecniche al solo caso di presentazione di identiche offerte economiche.

Con provvedimento a firma del Presidente del 30.3.2017, è stata disposta apposita visita ispettiva ai sensi dell'art. 213 co.5 del d.lgs. n. 50/2016 presso la sede della società SO.GE.A.AL. p.a., società gestore dell'Aeroporto di Alghero al fine di acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali in ordine alle procedura di privatizzazione dell'Aeroporto di Alghero attraverso avviso pubblico di collocazione delle azioni SO.GE.A.AL inoptate.

In data 26/29 aprile 2017 si è svolta la visita ispettiva presso la sede della Società, nel corso della quale è stata acquisita ulteriore documentazione.

Attraverso l'accertamento ispettivo è emerso il seguente quadro di riferimento.

La SO.GE.A.AL. S.p.A., Società di Gestione dell'Aeroporto di Alghero, viene costituita il 10.2.1994 (atto notarile 136783 rep.) con lo scopo di provvedere, in regime di concessione, alla gestione dell'aeroporto di Alghero, con un capitale iniziale di € 103.291,40, interamente sottoscritto da enti pubblici locali secondo le seguenti quote di partecipazione:

Regione Autonoma della Sardegna	25,68%;
Sfirs S.p.A.	41,70%;
Camera di Commercio di Sassari	21,70%;
Comune di Sassari	4,14%;
Comune di Alghero	2,71%;
Provincia di Sassari	4,07%;

Dal secondo semestre del 2010, a seguito di un riassetto societario dovuto a mancata ricapitalizzazione di parte di alcuni soci, la Società risulta partecipata esclusivamente dalla Regione Sardegna, in via diretta per l'80,20% e in via indiretta (per il 19,80%) tramite la Società Finanziaria Regione Sardegna – SFIRS

(intermediario finanziario ex art. 106 e 107 del D.lgs 01/09/1993 n.385, sottoposto all'attività di direzione e controllo della Regione Autonoma Sardegna).

Nel gennaio 2014, con il piano nazionale degli aeroporti, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha inserito l'aeroporto di Alghero tra gli aeroporti di interesse nazionale.

Completata la procedura di privatizzazione, ad oggi il 71,25% delle quote azionarie della SOGEAAL ovvero n.1.104.878 di azioni di nuova emissione, rimaste inoprate per la rinuncia all'esercizio dell'opzione da parte dei suddetti soci, sono state sottoscritte da F2i aeroporti 2 S.r.l.. Pertanto la compagine societaria risulta oggi composta da:

Socio	%	N. Azioni	Valore
F2i Aeroporti 2 S.r.l.	71,25%	1.104.878	5.524.390,00
Regione Autonoma della Sardegna	23,06%	357.630	1.788.147,80
SFIRS S.p.A.	5,69%	88.292	441.462,20

Il 10.5.1995 con provvedimento del Ministero dei Trasporti e della Navigazione n.134870 So.Ge.A.AL ha ottenuto la prima concessione «parziale» per la fornitura di servizi di handling sulla base di contratti che sarebbero stati firmati con le compagnie aeree. Una seconda concessione «parziale» è stata assegnata a So.Ge.A.AL in data 20.10.1995 per i servizi di ristorazione.

Il 12.1.1999 la Società ha presentato istanza ai sensi dell'art.7 del d.m. n.521/97, volta ad ottenere l'affidamento in concessione della gestione totale dell'aeroporto di Alghero per la durata di 40 anni; l'11.2.1999 le viene assegnato il diritto provvisorio di gestire l'aeroporto in virtù di una concessione precaria; il 23.6.2005 ha presentato il piano degli investimenti ed il piano economico-finanziario relativo al periodo 2005-2045; il 26.6.2006 ha sottoscritto con ENAC la Convenzione di gestione totale che disciplina il rapporto concessorio; a seguito di interventi normativi che modificano i termini delle concessioni, il 28.5.2007 la Convenzione venne integralmente sostituita dalla n. 30, approvata con Decreto 125/T del 3.8.2007 del Ministro dei Trasporti di concerto con quelle dell'Economia e delle Finanze, dalla cui data decorre la concessione quarantennale.

Per quanto concerne la situazione finanziaria della società, e i correlativi interventi sul capitale sociale, risulta che la stessa ha riportato continue perdite di esercizio, spesso coperte mediante riduzione del capitale sociale e ricostituzione dello stesso ad € 7.754.000,00 secondo le previsioni del DM 521/97:

Esercizio	Perdita di bilancio	Data ricostituzione/o aumento capitale sociale	Capitale conferito €
2001	-€ 790.675		
2002	-€ 47.260	30.05.2003	5.198.000
2003	-€ 951.011		
2004	-€ 2.981.688	27.05.2005	3.933.372
2005	-€ 2.064.658		
2006	-€ 1.108.184	31.12.2007	3.797.185
2007	-€ 1.800.755		
2008	-€ 4.577.317	16.02.2009	5.649.535
2009	-€ 12.404.126	20.08.2010	12.508.306
2010	-€ 1.847.000		
2011	€ 351.796		
2012	-€ 2.372.402		
2013	-€ 1.475.762		
2014	-€ 1.913.048		
2015	-€ 1.766.094		
2016	-€ 2.024.852	30.12.2016	4.905.235

Si rileva che l'unico anno con un risultato positivo è il 2011. A tal proposito, si richiama quanto previsto dall'art. 4 comma 8 della Convenzione del 2007: "La Concessionaria dovrà condurre la gestione in modo da tendere all'equilibrio economico-finanziario, da raggiungere, pena l'automatica decadenza di cui all'articolo 14 bis della presente Convenzione, allo scadere del primo quadriennio" (coincidente con la chiusura del bilancio di esercizio 2011, che, grazie alle partite straordinarie incassate, fu raggiunto).

La Commissione Ue ha rilevato, nel 297° considerando della Decisione UE 2015/1584 del 1.10.2014, che *"le misure attuate dallo Stato, dalla RAS e da SFIRS non sono coerenti con il comportamento di un investitore operante in un'economia di mercato e guidato da prospettive di redditività. Per tutto il periodo compreso tra il 2000 e il 2010, lo Stato, la RAS e SFIRS hanno costantemente messo a disposizione il supporto finanziario necessario per la sopravvivenza di So.Ge.A.AL. La Commissione ha ritenuto che la situazione finanziaria di So.Ge.A.AL fosse tale per cui nessun operatore privato avrebbe ripianato le sue perdite per un periodo così lungo, senza una valutazione preliminare credibile e realistica da cui emergesse che sarebbe stato più conveniente, sotto il profilo dei costi, continuare a compensare le perdite registrate anziché ristrutturare la società"*; nel 308° considerato: *"La decisione degli azionisti di continuare a ripianare le perdite di So.Ge.A.AL in assenza di un programma di ristrutturazione, anche quando i risultati economici successivi all'ottenimento della concessione totale indicavano come improbabile un'evoluzione positiva della redditività entro i termini imposti dalla convenzione, non può essere equiparata al comportamento di un investitore privato"*.

Pertanto, la Commissione ha concluso che le decisioni di ricapitalizzazione di So.Ge.A.AL non sono state coerenti con il MEOP e quindi hanno conferito un vantaggio economico a So.Ge.A.AL. Peraltro, considerata la compatibilità dei contributi con il mercato interno, la Commissione decise di non adottare alcun provvedimento.

Nel corso della vita della Società risultano stanziati a favore della stessa sia fondi destinati all'infrastruttura aeroportuale sia fondi destinati all'incentivazione del trasporto aereo.

Dalla Decisione UE 2015/1584 del 1.10.2014, emerge che le spese in conto capitale (ivi compreso il finanziamento di infrastrutture, apparecchiature e «impianti e lavori»), impegnate prima del 12 dicembre 2000, ammontano ad € 25.431.706,16, mentre tra il 2004 e il 2010 lo Stato ha finanziato investimenti in infrastrutture per un importo di € 46.940.534 EUR e investimenti in apparecchiature per € 284.782.

A proposito di tali finanziamenti, a giudizio della Commissione, se le misure in esame, consistenti in un sostegno pubblico agli investimenti infrastrutturali destinati all'aeroporto di Alghero, sono considerate come un aiuto all'investimento, esse sono compatibili con il mercato interno a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato.

L'art. 1 della l.r. del 13 aprile 2010 aveva previsto la ricapitalizzazione della società *"al fine di salvaguardare e consolidare la quota di partecipazione azionaria, diretta e indiretta, della Regione Sardegna nel capitale sociale di SOGEAAL"*. Detta "ricapitalizzazione", si specifica al comma 2, della medesima disposizione *"è accompagnata da un programma di riorganizzazione e riassetto gestionale, finalizzato anche alla collocazione sul mercato di parte della quota di partecipazione azionaria in capo alla Regione."*

Alla data del 31.12.2013, considerata la grave diminuzione del patrimonio netto, il collegio dei revisori dei conti "ritiene che la proposta formulata dal Presidente relativa alla ricapitalizzazione possa essere una soluzione perseguibile per risolvere la grave situazione della società, restando altrimenti in essere le altre soluzioni già indicate anche nella relazione per il 2012 specificate in una nuova pianificazione pluriennale ovvero alla messa in liquidazione della società"; in particolare, la proposta del Presidente prevede la "ricostituzione del capitale sociale al valore originario di Euro 7.754.000 attraverso copertura della perdita complessivamente pari al 31.12.2013 ad Euro 5.343.533 mediante versamenti dei soci; 2. ulteriore aumento del Capitale Sociale fino al valore superiore di Euro 11.700.000, con contestuale versamento di Euro 3.946.000 da parte dei soci".

Alla data del 31.12.2014 il patrimonio netto risultava essere di € 497.420,00 rispetto al valore originario di 2.410.467 al 31.12.2013.

A tale riguardo il collegio dei revisori sottolineava che le perdite sofferte nel 2014, essendo superiori al terzo del capitale sociale, generano la fattispecie prevista dall'art. 2446 del codice civile; evidenziava inoltre che il 17.12.2014 l'assemblea degli azionisti ha deliberato la riduzione del capitale sociale da € 7.754.000,00 ad € 2.229.610,00 delibera perfezionata solo nel gennaio 2015.

Contestualmente alla riduzione del capitale sociale per ripianamento delle perdite, l'assemblea ha deliberato l'aumento del capitale sociale ad € 7.754.000,00 che gli azionisti hanno deciso di non sottoscrivere, demandando al c.d.a l'incarico di ricercare nuovi azionisti attraverso una procedura di selezione del socio privato non ritenendo possibili altre alternative alla ricapitalizzazione della società.

La Giunta regionale, con deliberazione n. 50/26 del 16.12.2014, adottava uno specifico atto di indirizzo interpretativo dell'art. 1, comma 2 della citata l.r. n. 10/2010 secondo cui il programma di riorganizzazione e riassetto gestionale avrebbe dovuto essere mirato ad un aumento del capitale finalizzato a irrobustire patrimonialmente e finanziariamente la società per consentirle di sostenere gli impegni da affrontare nel breve periodo.

La citata delibera conteneva inoltre un apposito atto di indirizzo per la SOGEAAL affinché la stessa proceda al collocamento presso terzi delle azioni inoptate attraverso una procedura ispirata ai principi generali di trasparenza, pubblicità e non discriminazione, cui siano ammessi esclusivamente i soggetti che svolgono attività nel settore aeroportuale e delle infrastrutture per la mobilità; ed infine che il criterio di valutazione delle offerte sia quello della migliore offerta economica rispetto al valore nominale delle azioni, tenendo anche conto dell'eventuale ulteriore sottoscrizione del capitale sociale oltre il minimo inscindibile.

Con legge regionale n. 21 del 2.9.2016 è stato autorizzato un nuovo intervento sul capitale sociale per copertura perdite fino ad € 5.821.550,00, subordinando l'autorizzazione alla contestuale sottoscrizione, da parte di idoneo investitore privato, secondo il principio del "*pari passu*", di un intervento sul capitale sociale della Società, non inferiore ad € 9.468.804,00 finalizzato all'acquisizione del 71,25% del pacchetto azionario.

Nelle more della conclusione della procedura, si registrava un peggioramento della situazione patrimoniale della società che a causa di ulteriori perdite nel frattempo maturate, azzerava il capitale sociale, concretizzandosi la fattispecie di cui all'art. 2447 C.C. e registrando un valore di patrimonio netto negativo.

Da ultimo, con legge n. 27/2016 nelle more della privatizzazione, si prevedeva che *“In caso di mancato perfezionamento della procedura di privatizzazione indetta da SOGEAAL Spa nel maggio 2015 ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge regionale 13 aprile 2010, n. 10 (Misure per lo sviluppo del trasporto aereo), al fine di assicurare la continuità del servizio di interesse economico generale esercitato per il tramite della medesima società concessionaria, è autorizzato l'intervento finanziario del socio pubblico Regione Sardegna e SFIRS Spa, destinato ad assicurare, nel breve periodo, la prosecuzione delle attività aziendali della società di gestione aeroportuale in condizioni di equilibrio economico-finanziario nonché, al termine, la ristrutturazione della stessa in conformità alla normativa nazionale ed agli orientamenti europei vigenti di cui alla comunicazione della Commissione europea (2014/C 249/01) in materia di aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà.”*; l'intervento prevedeva risorse complessive fino ad euro 15.290.354.

Come sopra riportato, con delibera della Giunta regionale n.50/26 del 16.12.2014, veniva dato mandato all'Assessore dei Trasporti affinché in sede di Assemblea straordinaria del CdA del giorno successivo, approvasse la *“proposta di aumento a pagamento del capitale sociale di SOGEAAL fino ad € 7.754.000 e conseguente adeguamento del relativo statuto sociale, con garanzia del mantenimento in mano pubblica della quota del 20% del relativo capitale sociale così come previsto dal DM 521/1997; affinché sulla quota azionaria eccedente il 20%*

non venga esercitato il diritto di opzione previsto dall'art. 2441 C.C."; e specifico atto di indirizzo per la SOGEAAL affinché:

- 1) proceda a collocare sul mercato le azioni inoptate attraverso una procedura che dovrà ispirarsi ai principi generali di trasparenza, pubblicità e non discriminazione;
- 2) alla sottoscrizione siano ammessi esclusivamente soggetti che svolgano attività nel settore aeroportuale e delle infrastrutture per la mobilità;
- 3) le valutazione delle offerte avvenga selezionando la migliore offerta economica rispetto al valore nominale delle azioni, tenendo anche conto dell'eventuale ulteriore sottoscrizione del capitale sociale oltre il minimo inscindibile".

L'assemblea straordinaria dei soci della Società, tenutasi il giorno 17.12.2014, ma perfezionata il 19.1.2015, a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese, provvedeva dunque a:

- approvare il piano industriale 2014 – 2019;
- ridurre il capitale sociale in conseguenza delle perdite accertate, da € 7.754.000 ad € 2.229.610,00 tramite annullamento di n. 1.104.878 azioni in circolazione e proporzionale riduzione delle rispettive quote di partecipazione degli attuali soci;
- aumentare contestualmente il capitale sociale inscindibilmente ad € 7.754.000,00 attraverso l'emissione di n. 1.104.878 nuove azioni del valore di € 5,00 ciascuna con sovrapprezzo di € 3,57 ciascuna;
- stante la rinuncia da parte degli attuali soci al loro diritto alla sottoscrizione, offrire alla sottoscrizione di terzi soggetti che dovranno avere le caratteristiche soggettive determinate dal CdA in coerenza con gli indirizzi impartiti dalla Giunta regionale, con un sovrapprezzo minimo di € 3,57 attraverso la migliore offerta che dovrà essere selezionata in ragione del maggiore sovrapprezzo espresso nell'offerta economica rispetto al prezzo di € 3,57, all'interno di una procedura che dovrà ispirarsi ai principi generali di trasparenza, pubblicità e non discriminazione

La società predisponendo quindi la bozza del bando di selezione per la dismissione del 71,25% del proprio capitale sociale, ai sensi dell'art. 2 co.3 del d.m. 521/1007, trasmettendola, ai sensi del successivo co. 4, all'esame del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Con nota n. 1789 del 5.5.2015, il predetto Dicastero – sentito il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Enac – ha rilasciato il proprio nulla osta alla suddetta bozza specificando che alla luce dei principi di trasparenza e non discriminazione, la documentazione di gara avrebbe dovuto includere anche un patto con i soci pubblici teso a regolare i rapporti tra gli azionisti della Società per consentire al socio privato di assumere la gestione della società, e ai soci pubblici di contribuire a salvaguardare l'interesse generale tutelato dalla legge.

Lo schema dell'accordo, da inserire nella *data room*, avrebbe dovuto essere trasmesso al citato Dicastero prima di essere perfezionato, ovvero al momento dell'ingresso del privato nella società di capitale, ai sensi dell'art. 5 del d.m. n. 521/97. Pertanto, in data 28.12.2016 - a seguito dell'aggiudicazione - il citato Dicastero, con nota n. 5811 approvava la bozza del patto parasociale ex art. 5 del d.m. n. 521/97, sottoscritto successivamente dalle parti.

Con Avviso pubblicato sul profilo del committente, sulla G.U.R.I. –V Serie Speciale n. 59 del 22.5.2015, sulla G.U.U.E. 2015/S103-187402 in data 30.5.2015 nonché, per estratto, su quattro quotidiani a tiratura nazionale (Il Sole 24 Ore, Milano Finanza, Corriere della sera, Italia Oggi) il 2.6.2015 è stata avviata la procedura per la collocazione presso terzi delle azioni SOGEAAL inoptate e fissato al 16.7.2015 il termine per la presentazione delle offerte.

Il termine inizialmente fissato è stato reiteratamente prorogato, fino al 28.11.2016, a causa dell'incertezza gravante sulla società in ordine alla definizione dell'indagine formale (SA339823) da parte della Commissione Europea.

Nelle more della conclusione della procedura, in assenza dei previsti interventi sul capitale, la situazione patrimoniale della società è andata peggiorando, tanto che la stessa ha azzerato il capitale sociale (al 31.10.2016, a fronte di un capitale sociale di € 2.229.610, la società ha riportato perdite per € 5.086.093, che al netto delle riserve, hanno portato il patrimonio della società al valore negativo di € 2.672.625,00). Al fine di ripristinare la situazione patrimoniale della società alla data 17.12.2014, data dell'assemblea del CdA nella quale era stata deliberata la vendita delle azioni, gli azionisti hanno privilegiato l'ipotesi di un intervento di ricapitalizzazione nei limiti necessari a ripristinare la situazione patrimoniale della società alla predetta data, (intervento attuato con l.r. n. 21 del 2.9.2016, secondo il principio del *pari passu*, approvando nel contempo nell'assemblea del 13.7.2016 un nuovo piano industriale 2016 – 2027, messo a disposizione dei potenziali investitori nella data room.

Il 29.7.2016 la Commissione Europea ha emesso la decisione C(2016) 4682 *final* sulla procedura SA 33983 relativamente ai contributi co-marketing della l.r. n. 10/2010, escludendo l'ipotesi di restituzione in capo a SOGEAAL di aiuti illegali, decisione anch'essa inserita per estratto nel *data room*.

Ruolo centrale nella vicenda *de qua* riveste la procedura di infrazione SA. 33983 (2013/C) avviata dalla Commissione Europea sulle compensazioni agli aeroporti sardi per obbligazioni di servizio pubblico. Più specificamente, con note inviate alla rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione Europea, la Commissione, a partire dal 30.1.2012 e sino al 12.7.2012, ha chiesto formalmente informazioni in merito alle misure approvate dalla Sardegna con la suddetta l.r. n.10/2010 a favore degli aeroporti sardi, al fine di valutarne la compatibilità con gli articoli 107 e 108 TFUE. Ritenuti insufficienti i chiarimenti forniti dalle Autorità italiane, la Commissione nel gennaio 2013 ha avviato la procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, che avrebbe potuto comportare l'obbligo di restituzione, in capo a SOGEAAL, di somme pari a circa 37.000.000 di euro.

La procedura di infrazione ha avuto termine il 29.7.2016 con la Decisione definitiva C(2016) 4862 *final*, che ha escluso l'aeroporto di Alghero dall'indagine avviata, in quanto già ricompreso nella decisione adottata nel 2014 sul diverso caso SA 23098 (C37/07).

Ad avviso della Società, il protrarsi della procedura ha condizionato i tempi della privatizzazione, nel senso che il definitivo accertamento circa la violazione o meno delle norme in materia di aiuti di Stato ha condizionato la formulazione delle offerte e scoraggiato potenziali soggetti interessati a partecipare alla procedura. Infatti, la stessa F2i in data 5 febbraio 2016, ha formalmente rappresentato alla società che la definizione positiva della procedura di infrazione costituisse condizione indefettibile per formulare un'offerta vincolante.

La tardiva definizione della procedura di privatizzazione è stata determinata dalle numerose proroghe, medio tempore intervenute, del termine originariamente previsto per la presentazione delle offerte: con il primo rinvio, la scadenza del termine prevista per il 16.7.2015 è slittata al 30.9.2015 e ciò al fine, sostiene la SOGEAAL, di mettere a disposizione dei soggetti interessati ulteriore documentazione utile per la formulazione dell'offerta. Per effetto, poi, di istanze pervenute da parte di alcuni operatori economici, SOGEAAL ha ritenuto di prorogare ulteriormente il termine di presentazione delle offerte con lo scopo di favorire la presentazione di offerte pienamente consapevoli, e questa volta il rinvio è stato al 30.11.2015.

Ulteriori proroghe sono state successivamente disposte, a causa, dice la Società, della situazione di obiettiva incertezza sull'esito della Procedura di infrazione nel frattempo avviata dalla Commissione europea sulle compensazioni agli aeroporti sardi per obbligazioni di servizio pubblico. Come sopra chiarito, i tempi della privatizzazione hanno risentito delle lungaggini di detta procedura di infrazione in quanto, vista la possibilità in astratto che SOGEAAL fosse chiamata a restituire i finanziamenti ricevuti, pari a euro 37.000.000, nessun operatore economico si è assunto il rischio di presentare offerta prima della definizione positiva della stessa procedura di infrazione.

Infatti, secondo la Società, solo quando si è avuta certezza della esclusione dalla Procedura di infrazione di tutti i finanziamenti erogati a SOGEAAL (in data 29.7.2016 è stato pubblicato un estratto della decisione della Commissione sulla Procedura, inviato poi alla rappresentanza Permanente dell'Italia presso l'Unione Europea il 1 agosto 2016, nel quale si è dato atto della decisione di escludere dalla Procedura tutti i finanziamenti erogati a SOGEAAL) si sono create le condizioni favorevoli alla prosecuzione della procedura di privatizzazione. Ma anche all'indomani della decisione della Commissione, la Società, dopo ben sette rinvii (20.12.2015, 5.2. 2016, 31.3.2016, 2.5.2016, 6.6.2016, 15.7.2016, 7.9.2016), ha disposto due ulteriori proroghe (al 27.9.2016 ed al 28.11.2016) per consentire, essa sostiene, ai potenziali investitori di presentare offerta.

Tutte le proroghe sono state disposte in assenza di offerte.

Da ultimo, come rilevabile dal verbale del C.d.A. della SOGEAAL del 28.11.2016 coincidente con la data di scadenza dell'undicesima proroga, si rileva come il C.d.A. in tale sede abbia affrontato il tema relativo alla concessione di una ulteriore proroga per effetto della comunicazione da parte di Deloitte, soggetto incaricato della promozione della procedura, di sussistenza di un significativo interesse da parte di ulteriori investitori richiedenti maggiori termini per meglio valutare la documentazione disponibile nel data room e poter decidere se e come perfezionare un'offerta.

In tale sede emergeva la circostanza, verificata presso il notaio, di intervenuto deposito di un'offerta e del contestuale versamento della cauzione provvisoria da parte di F2i Aeroporti 2 la quale, avendo in un primo momento manifestato l'intendimento di rinunciare al deposito della propria offerta a seguito di alcuni articoli di stampa avversi all'operazione di privatizzazione, avrebbe infine desistito da tale intendimento.

Dopo ampia discussione il C.d.A. deliberava di non concedere l'ulteriore proroga paventando il possibile ritiro dell'offerta di F21 Aeroporti 2 a fronte dell'incertezza di acquisire altre offerte in esito alla concessione della proroga richiesta.

Tale decisione veniva intrapresa sul presupposto giuridico, esplicitato dal consulente legale della Società, della legittimità della concessione di una ulteriore proroga affiancata dalla legittimità del ritiro di un'offerta già presentata.

Entro il termine ultimo del 28.11.2016, perveniva pertanto un'unica offerta e nella riunione del 28.11.2016, preso atto dell'unica offerta pervenuta e rigettata la richiesta di ulteriore proroga, il C.d.A. deliberava di dare corso all'apertura dell'offerta. In quella stessa sede venivano designati i membri della Commissione di gara.

Lo stesso giorno la Commissione di gara, dinanzi al notaio e in seduta pubblica, procedeva all'apertura delle buste A e B, quindi nella seduta riservata del 29.11.2016 verificava ed esaminava la documentazione amministrativa, e l'offerta economica contenente l'offerta di un sovrapprezzo, rispetto al sovrapprezzo minimo stabilito, di € 0,01 per azione, per un totale di € 9.479.853, 24.

L'offerta è stata presentata da F2i Aeroporti2 srl, società "veicolo" partecipata al 100% da F2i SGR s.p.a., - che detiene, indirettamente, quote di maggioranza nelle società di gestione degli aeroporti di Torino Caselle e di Napoli Capodichino - in nome e per conto del Fondo F2i.

In particolare, F2i SGR S.p.A. è una società italiana di gestione del risparmio, titolare del Fondo F2i destinato a effettuare investimenti nel settore delle infrastrutture e, al 2016, risulta essere il maggior Fondo comune di investimento italiano.

In data 30.11. 2016 il C.d.A. ha disposto di dare *per rato* e valido l'operato della Commissione di gara e di procedere all'aggiudicazione definitiva nei confronti di F2i, e in ragione della contestualità prevista dall'art. 2 della l.r. n. 21/2016, di dare mandato al Presidente di formalizzare gli esiti della

procedura alla conclusione dell'iter finalizzato al versamento, da parte degli azionisti pubblici, per copertura perdite.

Il 30.12.2016, veniva sottoscritto da F2i aeroporti 2 srl e RAS e SFIRS il “Patto parasociale” in relazione alla gestione della società, e da SOGEAAL e F2i aeroporti 2 srl l’“Atto di sottoscrizione di azioni” in relazione all’aumento di capitale deliberato dall’assemblea dei soci il 17.12.2014.

Nell’ambito dell’accertamento ispettivo, con nota protocollata in data 12.5.2017 i legali della società SOGEAAL, presenti all’ispezione, Avv.ti Aristide Police e Filippo Degni, hanno ulteriormente precisato che nell’indire la procedura, SOGEAAL si sarebbe attenuta scrupolosamente alle indicazioni espresse dalla Regione Sardegna nella deliberazione n.50/26 del 16.12.2014, la quale, nell’indirizzare la Società a “...collocare sul mercato le azioni inoptate attraverso una procedura che dovrà ispirarsi ai principi generali di trasparenza, pubblicità e non discriminazione”, ha richiamato espressamente il d.l. n.332/1994 ed il d.m. n. 521/1997, quale parametro normativo da assumere - in via volontaria- a riferimento per definire le regole della procedura.

Tuttavia, secondo i legali, l’alienazione della partecipazione azionaria di un ente locale in una società di gestione di una infrastruttura aeroportuale non è direttamente riconducibile alla fattispecie disciplinata dal d.l. n. 332/1994 che si riferisce alle sole partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici, tant’è che lo stesso Consiglio di Stato in una recente sentenza ha chiarito che il d.l. n. 332/1994 “...sebbene in alcuni suoi profili applicativi non trovi diretta applicazione alle società a partecipazione pubblica locale...esprime ...la regola (valevole per tutte le società a partecipazione pubblica, anche di natura non statale), secondo cui la dismissione di quote azionarie pubbliche non è soggetta alle norme sull’evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un’operazione che l’ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione” (CdS sez. V, sentenza n. 1894 del 13.4.2017).

La correttezza dell’operato di SOGEAAL troverebbe inoltre conferma nei provvedimenti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell’Economia e delle Finanze e dell’ENAC, i quali hanno espresso il proprio nulla osta alla bozza del bando.

I legali della Società chiariscono poi che il d.m. n. 521/1997 all’art. 2, co.2 prevede il ricorso a procedure ad evidenza pubblica qualora si debba costituire ex novo una società cui affidare la gestione dell’infrastruttura, tenendo in particolare conto le capacità tecniche e finanziarie dei soggetti interessati, mentre nel caso in cui si cedano a privati le quote di maggioranza di una società esistente ed operativa, è previsto l’avvio di una procedura trasparente e non discriminatoria.

Quanto sopra per ragioni di carattere sia formale che sostanziale. Formalmente, la costituzione di una società di gestione aeroportuale può ricondursi allo schema della gara c.d. “ a doppio oggetto” per la concessione di un bene demaniale e del relativo servizio, laddove invece l’alienazione di quote di una società pubblica già incaricata della predetta missione di servizio pubblico si risolve in una compravendita. Da un punto di vista sostanziale, la costituzione della società di gestione impone il ricorso a criteri qualitativi che valgano a valorizzare le competenze tecnico-organizzative e finanziarie del socio privato da selezionare, ai fini di una corretta gestione dell’infrastruttura, una volta che questa sia divenuta operativa.

In caso di cessione di quote di un soggetto già incaricato della gestione aeroportuale, la valutazione di un piano economico finanziario nell’ambito della procedura comparativa diventa meno rilevante in quanto gli obblighi convenzionali, le condizioni di gestione del servizio aeroportuale sono fissati da ENAC e contenuti in apposita convenzione stipulata con il concessionario. Il socio privato non può intervenire su detta convenzione con la conseguenza che il criterio del prezzo più elevato sulle azioni oggetto di cessione diviene il parametro principale per la selezione del contraente privato.

A conferma di quanto sostenuto viene richiamata la deliberazione di questa Autorità del 12.11.2014, n. 20 nella quale l'ANAC ha censurato la procedura prescelta dal comune di Comiso per la cessione delle azioni detenute dall'amministrazione nella società incaricata della gestione dell'aeroporto di Comiso. In quel caso, si evidenzia nella memoria, l'aggiudicazione è avvenuta senza prevedere alcun confronto competitivo sulle modalità di gestione del servizio, che, all'epoca della procedura, non erano ancora state definite con l'ENAC.

Nel caso di specie, invece, gli aspetti relativi alla gestione dell'infrastruttura aeroportuale sono stati definiti già prima della procedura e su di essi il socio privato non ha possibilità alcuna di incidere senza il previo consenso di ENAC e a prescindere dall'aggiornamento della convenzione. E' stato quindi attribuito rilievo prioritario al profilo del prezzo anche perché la sottoscrizione delle azioni inoptate avrebbe garantito un consistente apporto di liquidità da destinare alla realizzazione del piano industriale approvato dalla società.

Detto piano industriale, messo a disposizione dei potenziali acquirenti e ritenuto sostenibile da F2i, assume un ruolo centrale nella procedura in esame anche per la particolare situazione in cui si era venuta a trovare SOGEAAL che, per la crisi finanziaria in cui versava, non era riuscita a raggiungere gli obiettivi previsti. Quindi, nel bilanciamento che SOGEAAL ha operato, secondo i legali, è prevalso il profilo riguardante l'elemento economico rispetto a quello tecnico; l'acquisizione di maggiore liquidità avrebbe evitato il rischio di discontinuità aziendale suscettibile di riflettersi negativamente sulla convenzione. Assegnare un punteggio ad un ipotetico piano economico finanziario avrebbe depotenziato l'incidenza dell'offerta economica, senza apportare alcun apprezzabile valore aggiunto. Il profilo della competenza tecnica è stato comunque salvaguardato avendo SOGEAAL fissato requisiti di partecipazione particolarmente qualificanti. Si soffermano poi i legali sulla procedura trasparente e non discriminatoria indetta da SOGEAAL che si porrebbe in rapporto di genere a specie rispetto al concetto di evidenza pubblica, tant'è che dell'evidenza pubblica sarebbero stati rispettati i canoni più stringenti.

La relazione conclusiva in esito all'accertamento ispettivo è stata sottoposta alla valutazione del Consiglio nell'adunanza del 12.12.2017 che ha deliberato in conformità alle risultanze e proposte formulate in tale sede.

Ritenuto in diritto

Sul tema vanno in particolare richiamati l'articolo 10, comma 13, della l. n. 537/93 ed il relativo Regolamento di attuazione approvato con d.m. 12.11.1997, n. 521; il primo ha adottato disposizioni di carattere programmatico, prevedendo che *“Entro l'anno 1994 (termine più volte differito) sono costituite apposite società di capitale per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato”*.

Successivamente, l'art. 1 bis del d.l. 28.6.1995 n. 251, convertito in L. n.351 del 3.8.1995 ha abrogato *“le norme che prescrivono la partecipazione maggioritaria dello Stato, degli enti pubblici, dell'IRI, delle regioni e degli enti locali nelle società di gestione aeroportuale”* e l'art. 1 ter ha disposto che *“Alle dimissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di gestione aeroportuale si applicano le disposizioni di cui al decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474”*

Il Regolamento n. 521/1997 ha poi precisato che *“le società di gestione aeroportuale sono costituite esclusivamente sotto forma di società di capitali, secondo la disciplina del codice civile, ed in qualità di soci possono partecipare, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, anche le Regioni, le province, i Comuni e gli enti locali, nonché le camere di commercio, industria ed artigianato interessati”*.

Il medesimo regolamento contiene una serie di disposizioni finalizzate a consentire – in fase di costituzione della società o in caso di dismissioni delle partecipazioni tradizionalmente pubbliche – la scelta del socio privato di maggioranza.

In particolare, l'art. 2 individua due differenti procedure da seguirsi, rispettivamente, per il caso in cui il socio privato di maggioranza sia da selezionarsi, *ab initio*, in vista della costituzione della società, e per il caso in cui il socio privato di maggioranza debba entrare a far parte della compagine azionaria di una società già esistente.

A) Scelta del socio privato in fase di costituzione della società.

Secondo l'art. 2 comma 2 *“la scelta del socio privato di maggioranza avviene sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del d.p.r. n.533 del 16.9.1996”* (recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali) quindi mediante una procedura concorsuale ristretta espletata ai sensi del d.lgs. n. 157/1995 ed avviata con pubblicazione di bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

Quanto ai criteri di selezione dei concorrenti da invitare alla presentazione di offerta, si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 12 a 17 del citato d.lgs. n.157/95. Per ciò che attiene, infine, agli elementi dell'offerta costituenti oggetto di valutazione ai fini della selezione del socio privato, l'art. 3 del d.p.r. n. 533/96 fa riferimento ad un *“piano economico-finanziario, esteso all'intero arco temporale indicato nel bando, nel quale siano specificate, fra l'altro: le caratteristiche tecniche del servizio; le condizioni economiche che saranno praticate all'utenza, eventualmente anche sotto forma di tariffe differenziate per fasce; gli eventuali servizi accessori”*.

B) Cessione a privati delle quote di maggioranza successiva alla costituzione della società.

L'art. 2, comma 3, del Regolamento n. 521/97, dispone che essa è subordinata all'espletamento delle procedure di cui al decreto legge 31.5.1994, n.332, convertito, con modificazioni, dalla l. n.474 del 30.7.1994, recante *“Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”*.

Infine, per quanto di interesse, gli articoli 6 e 7 del Regolamento hanno dato la possibilità ai gestori parziali (ossia la società di capitali che gestivano in base ad una concessione l'aerostazione passeggeri, merci e relative pertinenze per lo svolgimento dei principali servizi aeroportuali mentre la gestione delle infrastrutture di volo rimaneva di competenza dello Stato) di ottenere l'affidamento in concessione mediante decreto interministeriale della gestione totale aeroportuale a seguito della presentazione di apposita istanza corredata da un programma di intervento.

Sulla base di tale disposizione la S.p.a. SO.GE.A.AL., ex gestore parziale, società a totale capitale pubblico, ha ottenuto con d.m. n. 125 T del 3.8.2007 la concessione quarantennale di gestione totale dell'aeroporto di Alghero; il relativo rapporto concessorio è regolato dalla Convenzione n. 30 stipulata con ENAC in data 28.5.2007.

Il processo di privatizzazione avviato a livello statale con la normativa sopra richiamata, si collega a quello che la Regione Sardegna inizia a perseguire dal 2010.

Con l.r. n.10 del 13.4.2010, si accompagna alla ricapitalizzazione di SOGEAAL Spa *“un programma di riorganizzazione e riassetto gestionale da approvarsi da parte della giunta regionale entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della presente legge, previo parere della Commissione consiliare competente in materia di trasporti finalizzato anche alla collocazione sul mercato di parte della quota di partecipazione azionaria in capo alla Regione, da avviarsi allo scadere del primo quadriennio di operatività della concessione ministeriale per la gestione totale dello scalo aeroportuale di Alghero”*.

Con la successiva l.r. n.21 del 2.8.2016, viene autorizzato un nuovo intervento sul capitale sociale della Società, subordinato alla *“contestuale sottoscrizione, da parte di idoneo investitore privato, secondo il principio del*

"pari passu", selezionato in esito alla procedura di privatizzazione indetta nel maggio 2015 ed ancora non definita di cui all'articolo 1, comma 2, della legge regionale 13 aprile 2010, n. 10 (Misure per lo sviluppo del trasporto aereo), di un intervento sul capitale sociale di SOGEAAL Spa non inferiore ad euro 9.468.804 finalizzato all'acquisizione del 71,25 per cento del relativo pacchetto azionario".

Da ultimo, con la l.r. n.27 dell' 11.11.2016, vengono destinate ulteriori risorse alla società previa presentazione di idoneo piano di liquidità e di un piano di ristrutturazione aziendale redatti con la collaborazione di qualificato soggetto specialistico, nel caso in cui non si concluda la procedura di privatizzazione.

In merito alla qualificazione giuridica della società di gestione SOGEAAL giova ricordare il parere reso da questa Autorità AG/3/13 del 20.2.2013, emesso su richiesta della Società Aeroporto Valerio Catullo gestore dell'aeroporto di Verona Villafranca per conoscere l'orientamento dell'Autorità in merito alla natura giuridica della stessa ai fini dell'applicazione del Codice dei Contratti, dal quale emerge che la società risulta qualificabile come impresa pubblica, ossia impresa sulla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano dette imprese. Da ciò ne discende che la suddetta società, e per sostanziale analogia la SOGEAAL, è una impresa pubblica operante nei settori speciali e come tale rientra fra gli enti aggiudicatori ex. art. 207 del Codice con la conseguenza che la stessa è tenuta ad applicare le disposizioni della parte III del testo per gli affidamenti sopra soglia comunitaria aventi ad oggetto attività "tipiche" definite all'art.213 del Codice.

Alcune pronuncie giurisprudenziali, fra le quali *in primis* l'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione del 4.11.2009 n.23322, relativa ad altro soggetto gestore di infrastruttura aeroportuale (la GESAP S.p.a., soggetto gestore dell'aeroporto di Palermo), hanno ritenuto di qualificare le società di gestione aeroportuali quale organismo di diritto pubblico, atteso che l'attività del gestore persegue prevalentemente interessi generali e che lo svolgimento dell'attività a carattere industriale rappresenta aspetto secondario che non può incidere sulla suddetta qualificazione.

Di fatto emerge comunque che la SOGEAAL S.p.a. svolge attività di pubblico interesse avendo assunto la gestione totale dello scalo aeroportuale in forza del d.m. n. 125/T del 3.8.2007 del Ministro dei Trasporti di concerto con quelle dell'Economia e delle Finanze, dalla cui data decorre la concessione quarantennale, concessione ottenuta ai sensi del d.m. n.521/1997, "Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'art.10, co.13, della l. n.537 del 24.12.1993 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", ossia senza ricorrere alla procedura concorsuale, come sarebbe previsto, in linea generale, dalla stessa l.n.537/1993 e dal Codice della Navigazione.

In merito alla procedura seguita dalla società SO.GE.AA.L. per la vendita delle azioni inopstate/cessione a privati delle quote di maggioranza si rileva anzitutto l'obbligo posto a carico della concessionaria in virtù dell'art. 4 – Obblighi della concessionaria - della Convenzione con ENAC 28.5.2007 n. 30, che al punto 4 prevede *"La concessionaria adotta le misure atte a prevedere l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica di cui all'art. 2 del Regolamento, per la privatizzazione di quote, anche di minoranza, del capitale"*.

Come sopra ampiamente illustrato, l'art. 2 del D.M. 12 novembre 1997, n. 521, al comma 2 individua la disciplina da applicarsi per la scelta del socio privato in fase di costituzione della società precisando che *"la scelta del socio privato di maggioranza avviene sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533, recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, che tenga in particolare conto le capacità tecniche e finanziarie dei soggetti interessati"*.

Il successivo comma 3 dispone in merito alla cessione a privati delle quote di maggioranza successiva alla costituzione della società, subordinandola all'espletamento delle *"procedure di cui al decreto legge 31*

maggio 1994, n.332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474 ("Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni").

Il caso di specie, dunque, rientra nella seconda ipotesi, così come evidenziato anche nelle note del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 1080 /2015 e 1789/2015, inviate anche ad ENAC ed al MEF: *"trattandosi di cessione a privati della quota di maggioranza di una società di gestione aeroportuale già costituita, la prescritta disciplina (art. 2 comma 3 del DM 521/1997) prevede il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione (DL 332/1994 convertito da L. 474/1994)"*.

Proprio la sussistenza delle specifiche disposizioni normative sopra indicate, induce a non ritenere applicabile nel caso di specie l'orientamento giurisprudenziale, in taluni casi fatto proprio anche dall'Autorità, in base al quale si debba ricorrere alla procedura ad evidenza pubblica in senso stretto non solo nell'ipotesi in cui debba costituirsi una società mista per la gestione di un servizio pubblico, ma anche qualora la società affidataria di un servizio pubblico sia già operativa e si intenda modificare il profilo soggettivo del gestore attraverso la vendita di quote del capitale sociale o di aumento dello stesso.

Dall'esame del bando di gara, sulla cui bozza, come sopra specificato, anche il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti MEF ed ENAC hanno espresso il proprio nulla osta, emerge il rispetto dei previsti principi di trasparenza e non discriminazione, sulla base di quanto segue:

- a) l'avviso è stato pubblicato sul profilo del committente, sulla G.U.R.I. –V Serie Speciale n. 59 del 22 maggio 2015, sulla G.U.U.E. 2015/S103-187402 in data 30 maggio 2015 nonché per estratto, su quattro quotidiani a tiratura nazionale (Il Sole 24 Ore, Milano Finanza, Corriere della sera, Italia Oggi) il 2 giugno 2015;
- b) i requisiti di partecipazione previsti al punto 3 del bando richiamano i requisiti di partecipazione di ordine generale e di ordine particolare di ogni procedura ad evidenza pubblica: è espressamente richiamato l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale; i requisiti di ordine particolare richiesti riflettono la necessità di selezionare un socio privato che abbia esperienza consolidata nella attività di gestione delle infrastrutture aeroportuali, con esclusione dei soggetti che si trovino fra di loro in una situazione di controllo o di collegamento di cui all'art. 2359 c.c. ove la situazione di controllo o di collegamento influisca sull'autonomia di presentazione dell'offerta;
- c) sussiste la predeterminazione dei criteri di aggiudicazione e la nomina di una commissione incaricata di valutare le offerte;
- d) è garantita la segretezza delle offerte e la contestualità della loro apertura anche attraverso il coinvolgimento di un notaio;
- e) l'accesso alla data room, allestita al fine di contenere l'ulteriore documentazione rilevante, è garantita a tutti i soggetti accreditati a parità di condizioni;
- f) l'organo di amministrazione di SOGEAAL ha disposto l'aggiudicazione della gara a favore dell'operatore indicato dalla commissione.

Oltre a ciò, va segnalata la recente sentenza TAR Sardegna sez. I, n. 5 del 7.4.2017 che ha ritenuto il proprio difetto di giurisdizione in un caso analogo, in quanto *"la dismissione di quote azionarie pubbliche nelle società di gestione aeroportuale non è soggetta alle norme sull'evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un'operazione che l'ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione, il che giustifica pienamente la non ricomprensione delle relative controversie nella giurisdizione del giudice amministrativo"*; in sostanza, *"la dismissione della partecipazione costituisce atto che i soci pubblici compiono iure privatorum e senza obbligo di puntuale rispetto delle norme a evidenza pubblica, bensì, come si è visto, soltanto dei principi di non discriminazione e trasparenza"*.

La predetta sentenza è stata da ultimo richiamata da C.d.S., sez. V, sentenza 13 aprile 2017, n. 1894) secondo cui *“La scelta dell’ente pubblico di dismettere l’intero pacchetto pubblico costituisce, invero, “scelta a valle” del modello societario, anche considerato che, per effetto di essa, il soggetto pubblico si ritrae completamente dalla vicenda, lasciandosi solo soggetti privati, per cui non si pongono problemi di selezione pubblicistica di un socio destinato a usufruire della collaborazione privilegiata con il soggetto pubblico, come accade, invece, nella fase iniziale di scelta del partner privato (in questi termini, di recente, cfr. anche T.a.r. Sardegna, 7 aprile 2017, n. 244)”*. Inoltre, richiamando la disciplina contenuta nell’art. 1 del d.l. n.332 del 31.5.1994, convertito in legge n.474 del 30.7.1994, precisa che essa *“sebbene in alcuni suoi profili applicativi non trovi diretta applicazione alle società a partecipazione pubblica locale (in particolare, nella parte in cui prevede che le modalità di alienazione, per ciascuna società, vengano determinate con d.p.c.m.) esprime la regola (valevole per tutte le società a partecipazione pubblica, anche di natura non statale), secondo cui la dismissione di quote azionarie pubbliche non è soggetta alle norme sull’evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un’operazione che l’ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai principi di trasparenza e non discriminazione”*.

In conclusione, afferma il CdS, *“Ne risulta confermato, quindi, che la dismissione della partecipazione costituisce atto che i soci pubblici compiono iure privatorum e senza obbligo di puntuale rispetto delle norme a evidenza pubblica, bensì, come si è visto, soltanto dei principi di non discriminazione e trasparenza, per cui gli atti di cui si chiede ora l’annullamento -in quanto aventi a oggetto il destino delle partecipazioni azionarie e, quindi, la “posizione di soci” che gli enti pubblici occupano all’interno della società vedono le parti private su un piano sostanzialmente paritetico”*.

Occorre rilevare che anche questa Autorità aveva precisato che in caso di società costituita per la gestione di un servizio pubblico deve comunque escludersi che un privato, attraverso l’acquisto successivo dell’intero pacchetto di maggioranza, possa acquisire l’affidamento del servizio stesso, senza il previo esperimento di un confronto concorrenziale, nell’ambito di una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto il servizio.

D’altro canto il parere espresso dal Consiglio di Stato in data 21.4.2016 sul d.lgs. n. 175/2016 recante il nuovo Testo Unico sulle Società di Partecipazione Pubblica, evidenzia nel merito, un sistema precedente normativo caratterizzato da un “persistente disordine”, da “interventi frammentari” e dalla mancanza di un disegno coerente di lungo periodo.

Sull’argomento, come già rilevato, è intervenuta anche l’Autorità per la Concorrenza e per il Mercato predisponendo un atto di segnalazione alla Camera, al Senato nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti volto al richiamo del rispetto dell’obbligo del ricorso alle procedure di evidenza pubblica nella scelta del socio privato, coerentemente con quanto sancito dal recente Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (TUSPP), d.lgs. n. 175/2016, richiamando anche l’opportunità di una modifica della normativa settoriale affinché essa risulti armonizzata a quella generale anche con riferimento alle modalità di cessione di partecipazioni pubbliche di minoranza, al fine di evitare possibili ambiguità interpretative.

Quanto alla mancata valutazione e verifica di proposte gestionali, vero è che, come rappresentato dal segnalante, la procedura prevedeva un confronto competitivo sulle modalità di gestione del servizio nella sola ipotesi di presentazione di offerte ex aequo, ma l’esistenza di un piano industriale (2014/2019) già approvato e che il privato si impegna, con la sottoscrizione del patto parasociale, a rispettare, con assunzione dei rischi imprenditoriali a suo carico, in quanto socio di maggioranza, appare sufficiente a garantire condizioni di affidabilità nell’espletamento del servizio pubblico. Inoltre i requisiti di ordine speciale richiesti dal bando (art. 3 sub a) presuppongono il possesso di una pregressa professionalità in materia di gestione aeroportuale.

Maggiore criticità, anche sotto un profilo di opportunità, presentano le undici proroghe alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Al riguardo, la società ha motivato i vari rinvii con la

necessità di attendere l'esito della procedura di infrazione SA. 33983 (2013/C) che ha sostenuto essere stata inspiegabilmente lunga.

In realtà, anche la precedente procedura di infrazione che ha coinvolto la Regione Sardegna e gli aiuti concessi alla SOGEAAL relativa all'aiuto di Stato S.A. 23098 (C37/07) aveva preso l'avvio, su denuncia pervenuta il 22.12.2003 dal vettore Air One, con decisione 12.9.2007 e si è conclusa con Decisione 2015/1584 del 1.10.2014, ossia oltre sette anni dopo.

E' probabile che le proroghe siano state disposte perché non risultavano pervenute offerte; d'altro canto anche nella Deliberazione n. 46/2017/VSGF della Sezione del controllo per la Regione Autonoma della Sardegna Corte dei Conti del 10.4.2017, a proposito degli interventi della Regione Sardegna in materia di continuità territoriale aerea e delle Leggi regionali n. 21 e 26/2016 afferma *"La legge regionale successivamente intervenuta ha delineato un'ipotesi alternativa senza destituire di validità la precedente legge che, di fatto, ha trovato applicazione. Ciò è un chiaro sintomo della difficoltà che ha incontrato in concreto la strategia di privatizzazione della società di gestione dell'aeroporto di Alghero."*

L'esponente ipotizza che nel periodo di proroga siano avvenute variazioni dello scenario gestionale, finanziario ed economico della Società che possano aver avvantaggiato F2i e, in particolare, richiama l'ulteriore intervento finanziario della Regione nelle more della privatizzazione.

Come sopra più diffusamente esposto, la situazione della società, nel periodo in considerazione (circa un anno e mezzo) è andata progressivamente deteriorandosi.

Nell'Assemblea straordinaria del 31.7.2015, con riferimento alle perdite subite nel corso dell'esercizio 2014 e agli adempimenti necessari ai sensi dell'art. 2446 cod. civ. (che avevano superato un terzo del capitale sociale) si era deliberato di rinviarle a nuovo. Le ulteriori perdite maturate al termine dell'esercizio 2015 e nel corso dell'esercizio 2016 avevano determinato la riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale. Tale circostanza, oltre al fatto che le perdite superavano il terzo del capitale sociale, ha reso necessario adottare i provvedimenti di cui all'art. 2447 del codice civile.

Tali provvedimenti sono stati adottati secondo la logica del *pari passu* richiamata dalla L. R. 21/2016, quando la procedura per la sottoscrizione del deliberato aumento di capitale sociale è giunta a conclusione, con l'aggiudicazione in seduta pubblica al socio privato F2i Aeroporti 2 S.r.l. ed il relativo versamento e sottoscrizione intervenuti in data 30 dicembre 2016.

Nell'esercizio 2016, il socio F2i Aeroporti 2 S.r.l. ha versato complessivamente € 9.479.853 (di cui € 5.524.390 in conto sottoscrizione capitale sociale ed € 3.955.463 in conto sovrapprezzo azioni). I soci R.A.S. e SFIRS hanno versato in conto copertura perdite (pregresse ed in formazione), rispettivamente, € 3.934.000 ed € 971.235.

Come precisato dalla Società nella nota del 31 marzo u.s. la ricapitalizzazione, necessaria a fronte di una riduzione del capitale sociale al di sotto del valore minimo fissato dall'art. 2447 c.c., è avvenuta nei limiti strettamente necessari per ripristinare la situazione patrimoniale esistente alla data del 17 dicembre 2014 e nel rispetto del principio del c.d. "MEIP" (Market Economy Investor Principle), ovvero del comportamento che avrebbe seguito un imprenditore privato operante in regime di economia di mercato. Per non incorrere nella violazione delle norme sugli aiuti di Stato è stato necessario rivedere il Piano industriale originario.

L'intervento finanziario della Regione Sardegna ha semplicemente ripristinato la situazione patrimoniale di SOGEAAL esistente al momento dell'avvio della privatizzazione. Tutti gli elementi relativi al mutato assetto finanziario dovuto alla suddetta ricapitalizzazione sono stati resi noti agli investitori mediante inserimento in *data room* e mediante rinvio del termine per la presentazione delle offerte.

Conclusivamente, il valore delle azioni, in virtù dell'intervenuta ricapitalizzazione è rimasto inalterato dall'avvio della procedura alla sua conclusione.

Nel caso in esame, in conclusione, l'operato della società SOGEAAL nello svolgimento della procedura di individuazione del soggetto privato in sede di alienazione del capitale inoptato risulta conforme ai principi di trasparenza e non discriminazione avendo adottato una procedura aperta al mercato e quindi rispettosa dei principi di concorrenzialità e non discriminazione unitamente agli idonei requisiti di trasparenza garantiti dalla pubblicità data all'iniziativa, tutto ciò in rispondenza al mandato ricevuto dal socio pubblico Regione Sardegna ed alle previsioni normative di settore vigenti.

Si rileva invece nella procedura in questione una parziale non conformità ai principi di trasparenza e concorrenzialità nell'utilizzo dell'istituto della proroga nell'iniziativa, proroghe giustificate dalla SOGEAAL in parte dalla mancanza di offerte e dalla integrazione della documentazione posta a base della procedura, altre dall'incombenza della decisione in merito alla procedura di infrazione la cui sostanza sarebbe stata in grado di incidere in modo determinante nella valutazione delle quote societarie mettendo in discussione lo stesso buon esito dell'operazione.

Appare però fatto oggettivo come nel corso di tali reiterate proroghe siano intervenuti fatti societari significativi che hanno comportato un ripianamento delle perdite e la ricostituzione del capitale sociale minimo, seppur, come sostenuto dalla Società, ripristinando il valore della quota a quello dell'avvio del processo di privatizzazione, ma soprattutto come in tale lasso di tempo si sia riscontrata un'inevitabile variazione negativa della domanda di traffico sostanzialmente incidente sulla valutazione dell'*asset*. A ciò va ad aggiungersi il fatto che, dopo undici proroghe caratterizzate da assenza di offerte ma soltanto da manifestazioni di potenziale interesse, non sia stata concessa, *favor participationis*, l'ulteriore proroga richiesta da altro soggetto interessato anche in relazione al modesto e marginale sovrapprezzo di 0,01 euro per azione, corrispondente al minimo stabilito, che sarebbe poi stato registrato per l'unico partecipante alla procedura.

Premettendo che la valutazione relativamente alla concessione di proroghe rientra nel perimetro della discrezionalità amministrativa dell'organo di gestione della Società, si osserva come tale ultimo diniego sia stato motivato dalla paventata legittimità del ritiro dell'unica offerta presentata in caso di concessione di nuova proroga circostanza che seppur possibile sarebbe risultata tuttavia in contrasto con le previsioni dell'avviso pubblico laddove, al punto 4.3, prevede espressamente oltre alla inammissibilità, a pena di esclusione, di offerte parziali, plurime, espresse in modo indeterminato e/o sottoposte a condizione, l'obbligo di validità dell'offerta di 180 giorni dal giorno prefissato per la scadenza della sua presentazione e, a fronte di tale garanzia, dalla richiesta di cauzione provvisoria regolarmente emessa dall'unico partecipante.

In conclusione si deve rilevare come l'utilizzo anomalo delle proroghe possa aver comportato da un lato una variazione dello scenario in grado di incidere sull'offerta, dall'altro come tale utilizzo possa aver da ultimo, in esito al diniego alla concessione di una dodicesima proroga richiesta da altro soggetto interessato, inciso sulla possibile concorrenzialità nella procedura.

Non si può fare a meno di rilevare infine come la società di gestione titolare *ex lege* di concessione di servizio pubblico, seppur abbia usufruito nel corso del tempo sin dalla sua costituzione un'ingentissima quantità di denaro pubblico nelle varie forme di incentivi, finanziamenti, ricapitalizzazioni, abbia presentato nel corso del tempo bilanci presentanti perdite significative.

Proprio per la presenza diffusa sul territorio nazionale di analoghe situazioni il legislatore ha promosso il processo di privatizzazione della gestione delle infrastrutture aeroportuali al fine di restituire efficienza e competitività alle ex imprese pubbliche attraverso l'ingresso di operatori privati esperti nel settore in grado di garantire una gestione volta al miglioramento del servizio attraverso idonei investimenti e interventi tesi al miglioramento dell'efficienza produttiva nel rispetto delle positive aspettative di bilancio che muove legittimamente l'iniziativa privata.

Si ritiene pertanto opportuno prevedere un'azione di monitoraggio sul prosieguo della nuova gestione al fine di verificarne il rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità che l'ingresso

del socio privato dovrebbe garantire nel pieno rispetto del piano industriale posto a base della selezione e condiviso dallo stesso.

In relazione alla valutazione di congruità del prezzo offerto, esulante gli ambiti di competenza di questa Autorità, si ritiene opportuno l'invio degli atti alla competente Procura Regionale della Corte dei Conti al fine di accertare la eventuale sussistenza di profili di danno erariale.

Da ultimo, dal punto di vista procedimentale, si ritiene opportuno concludere l'attività di vigilanza con l'emissione di una delibera, senza previa contestazione delle risultanze istruttorie (CRI) alla SOGEAAL, in quanto la lunga interlocuzione, snodatasi nel corso del tempo, anche attraverso una attività ispettiva che ha consentito di garantire un corretto contraddittorio con i rappresentanti della Società di gestione ed i relativi legali mediante l'invio di ulteriori memorie da parte degli stessi, ha consentito a questa ultima di poter esporre compiutamente tutte le ragioni a sostegno delle decisioni e delle relative motivazioni sottese nella procedura in esame. La comunicazione delle risultanze istruttorie, in altri termini, rappresenterebbe un mero passaggio formale, inutile ed in contrasto con l'esigenza di economia procedimentale, null'altro potendo aggiungere la società SOGEAAL a tutto quanto già evidenziato con dovizia di argomenti.

Per tutti i motivi sopra indicati

DELIBERA

- di ritenere, nei sensi di cui in motivazione, conforme alle previsioni del codice dei contratti e della normativa di settore la procedura posta a base dell'operazione di cessione delle quote di maggioranza del capitale sociale della SOGEAAL S.p.a. alla Società F2i Aeroporti 2 Srl;
- di ritenere, nei sensi e con le premesse in cui in motivazione, l'utilizzo dello strumento delle proroghe, registrato nell'ambito della procedura pubblica per la collocazione delle azioni SO.GE.A.AL inoptate, non rispondente ai principi generali di trasparenza e non discriminazione;
- di trasmettere la presente delibera al Presidente della Società SO.GE.A.AL S.p.a. affinché voglia far conoscere con frequenza semestrale le misure di efficienza introdotte e gli investimenti effettuati in conformità a quanto previsto nel piano industriale vigente volti ad assicurare un miglioramento del servizio pubblico;
- di trasmettere la presente delibera alla Regione Sardegna per le valutazioni di propria competenza;
- di trasmettere la presente delibera alla F2i Aeroporti 2 S.r.l. in qualità di contro interessata;
- di informare con specifica nota l'esponente dell'intervenuta definizione del procedimento;
- di trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica di Sassari per gli eventuali profili di competenza;
- di trasmettere la delibera alla Procura della Corte dei Conti per le ragioni enunciate in motivazione.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 marzo 2018

Il Segretario *Maria Esposito*