

Pubblicato il 14/03/2024

N. 00501/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00095/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 95 del 2024, proposto da Sky Services s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno De Maria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – E.N.A.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Di Giugno e Alessandro Scifo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Save s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del bando di gara dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (E.N.A.C.), il cui avviso (n. 764210-2023) è stato pubblicato nella G.U.U.E., serie S, n. S243 del 18.12.2023, e in G.U.R.I. 5^a Serie Speciale, n. 146 del 20.12.2023, con cui è stata indetta la procedura aperta per la selezione di n. 1 prestatore di servizi di assistenza a terra presso l'Aeroporto Marco Polo di Venezia - Tessera, ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 18/1999 (codice NUTS: ITH35 Venezia);

- del disciplinare di gara pubblicato nel profilo internet dell'Ente committente, alla sezione Amministrazione trasparente, in data 18.12.2023 e relativi allegati, ivi inclusi l'allegato n. 1, recante

il modello di domanda di partecipazione, e l'allegato n. 2, recante lo schema di attestazione del sopralluogo;

- di tutti gli atti presupposti, connessi o conseguenti tra i quali, ove di ragione e per quanto occorra, lo *“schema di contratto per la prestazione di servizi di handling per gli aeromobili di classe A e B, nonché per la classe C limitatamente ai voli privati e commerciali non schedati, esclusi i voli charter presso l'aeroporto di Venezia-Tessera”* pubblicato nel profilo internet dell'Ente committente, alla sezione Amministrazione trasparente, in data 18.12.2023 con i relativi allegati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile - E.N.A.C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Alberto Ramon e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sky Services s.p.a. (d'ora innanzi, per brevità, solo Sky Services) impugna in questa sede il bando di gara – il cui avviso è stato pubblicato nella G.U.U.E. il 18 dicembre 2023 e nella G.U.R.I. il 20 dicembre 2023 – con cui l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (d'ora innanzi, per brevità, solo E.N.A.C.) ha indetto una procedura aperta per la selezione, ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. del 13 gennaio 1999, n. 18, *“di n. 1 prestatore di servizi di assistenza a terra munito dei requisiti per il conseguimento della certificazione di Classe 2, [...] con riferimento alle categorie 3 e 5 (escluso 5.7) di cui all'allegato A del sopra citato decreto legislativo, presso l'aeroporto Marco Polo di Venezia - Tessera”*.

Al fine della migliore delimitazione del tema del contendere, giova precisare che E.N.A.C. – con provvedimento prot. n. 106058-P del 19 ottobre 2017 – ha disposto, ai sensi degli artt. 4, comma 2, e 5 del d.lgs. n. 18 del 1999, la limitazione dell'accesso ai servizi di assistenza a terra presso l'aeroporto di Venezia. Segnatamente, l'accesso è stato ristretto a *“n. 2 prestatori per le attività di aviazione generale per i seguenti servizi: assistenza bagagli (categoria 3 dell'Allegato A), assistenza merci e posta (categoria 4 dell'Allegato A per quanto riguarda il trattamento fisico delle merci e della posta in arrivo, partenza e transito, tra l'aerostazione e l'aeromobile), assistenza operazioni in pista (categoria 5 dell'Allegato A, con esclusione della categoria 5.7 trasporto, caricamento sull'aereo dei cibi e delle bevande e il relativo scaricamento)”*.

A fronte di tale restrizione, i due soli operatori economici che prestano attualmente i servizi di assistenza a terra nello scalo veneziano – con riferimento alle categorie 3 (assistenza bagagli) e 5 (assistenza operazioni in pista) del succitato Allegato A – sono Save s.p.a. (d'ora innanzi, per brevità, solo Save), vale a dire il gestore aeroportuale, e Sky Services.

Con provvedimento prot. n. 130-P del 5 dicembre 2023, E.N.A.C. ha confermato la limitazione già assunta con il summenzionato atto prot. n. 106058-P del 2017, per le medesime categorie di servizi di *handling* ivi individuate, fino al 30 giugno 2028.

Di conseguenza, la stessa Amministrazione ha indetto la gara pubblica – ora *sub iudice* – per la selezione di un prestatore dei servizi afferenti alle succitate categorie. In specie, la procedura ad evidenza pubblica è stata circoscritta all'individuazione di un solo operatore economico stante l'espressa volontà del gestore aeroportuale di svolgere anch'esso i servizi oggetto di limitazione: trattasi della riserva riconosciuta, a favore di quest'ultimo, dall'art. 15, comma 9, del Regolamento E.N.A.C. rubricato "*Certificazione dei prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra*", adottato il 19 dicembre 2006 e da ultimo modificato il 5 maggio 2023 (d'ora innanzi, per brevità, solo Regolamento E.N.A.C.).

2. Avverso il suddetto bando di gara, nonché gli atti ad esso connessi tra cui il disciplinare e lo schema di contratto, insorge Sky Services, proponendo i seguenti motivi di ricorso.

I) "*Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 13.1.1999 n. 18, art. 4 comma 2 – del Regolamento E.N.A.C. [...], art. 15 commi 4, 5, 6, 8 e 9, art. 2 comma 2, art. 3, art. 16, art. 23 comma 4 – eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria – violazione del giusto procedimento – contraddittorietà tra atti*".

La ricorrente lamenta l'illegittimità della procedura selettiva poiché indetta in violazione dell'art. 15, comma 5, lett. a), del Regolamento E.N.A.C., laddove è stabilito che, negli aeroporti in cui sia stata adottata una restrizione del numero di prestatori di servizi di assistenza a terra, "*non si dà luogo ad alcuna procedura di gara per individuare i nuovi prestatori, potendo quelli già presenti continuare ad operare per il periodo individuato nel provvedimento di limitazione*", allorquando il "*numero di prestatori che operano le categorie oggetto di limitazione*" corrisponda "*al numero dei prestatori indicato nel provvedimento di limitazione*".

Sulla scorta del fatto che, come già anticipato, soltanto Save e Sky Services erogano i servizi di *handling* presso lo scalo di Venezia – in relazione alle categorie indicate nell'atto di limitazione prot. n. 106058-P del 2017, confermato con il più recente atto prot. n. 130-P del 2023 – e che il gestore aeroportuale ha esercitato la facoltà di riserva ex art. 15, comma 9, del Regolamento E.N.A.C., ne deriverebbe l'assenza dei presupposti per la selezione tramite gara dell'ulteriore prestatore dei suddetti servizi di assistenza a terra. Servizi, questi, la cui esecuzione dovrebbe quindi permanere in capo all'esponente, in quanto titolare – ai sensi dell'art. 23, comma 4, del medesimo Regolamento – di una "*posizione di esclusività per tutto il periodo di vigenza della limitazione*".

II) "*Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 31.3.2023 n. 36, art. 17, e del d.lgs. 13.1.1999 n. 18, art 11 comma 1*".

In via subordinata, Sky Services si duole dell'illegittimità del bando e dell'intera procedura selettiva a fronte della supposta violazione dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 18 del 1999, nella parte in cui impone che agli atti di gara venga accluso "*un capitolato d'oneri o specifiche tecniche, stabiliti previa consultazione del comitato degli utenti*". Trattasi di documenti che, in tesi, non sarebbero stati predisposti dall'Amministrazione, posto che non risultano tra gli atti oggetto di pubblicazione.

Inoltre, l'ente aggiudicatore non avrebbe financo pubblicato la determina a contrarre: sicché la ricorrente ne deduce la mancata adozione, stante peraltro il mancato riferimento ad essa nella *lex specialis*, con la conseguente violazione dell'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023.

III) “*Violazione dei principi in materia di gare per l’affidamento di contratti pubblici di concessione di servizi – violazione del principio di segretezza delle offerte comportante come regola quella per cui non devono essere conosciuti al momento della valutazione dell’offerta tecnica elementi di valutazione di carattere automatico – violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 36 del 31.3.2023 artt. 107 e 108 e delle linee guida A.N.A.C. n. 2 approvate con delibera del consiglio dell’autorità n. 1005 del 21.9.2016 ed emendate con delibera n. 424 del 2.5.2018*”.

In via ulteriormente gravata, Sky Services ritiene che la procedura ad evidenza pubblica sia inficiata dalla violazione del principio generale di segretezza delle offerte, che impone che non debbano essere conosciuti, al momento della valutazione discrezionale dell’offerta tecnica, gli elementi che comportano l’assegnazione di un punteggio in via automatica.

In specie, l’art. 5 del disciplinare di gara ha stabilito che l’aggiudicazione avvenga sulla base del parametro dell’offerta tecnicamente più vantaggiosa, in base a determinati criteri di valutazione. Tra questi, i sub-criteri B.d. (età media dei mezzi), B.e. (percentuale di utilizzo di mezzi a bassa emissione) e C.ii. (possesso di specifiche certificazioni) sono definiti come “*requisiti non discrezionali*”, sicché essi non sono inclusi tra i coefficienti componenti la formula per l’attribuzione del punteggio discrezionale dell’offerta tecnica. Siccome i suddetti sub-criteri farebbero riferimento a “*elementi quantitativi*” di giudizio, a cui corrisponderebbe un punteggio assegnato meccanicamente a ciascun partecipante alla gara, ne conseguirebbe che il momento della conoscenza di questi elementi da parte della Commissione giudicatrice dovrebbe seguire rispetto alla fase di valutazione dei diversi e predominanti elementi comportanti un giudizio discrezionale.

Il che non sarebbe previsto nella selezione in esame, ove la valutazione dei profili qualitativi dell’offerta tecnica avverrebbe contestualmente a quella degli elementi di carattere quantitativo della stessa proposta negoziale, con il correlato pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità dell’organo valutativo.

3. Si è costituita in giudizio E.N.A.C., eccependo innanzitutto l’inammissibilità del primo motivo di ricorso: nella prospettiva della resistente, Sky Services sarebbe carente *ab origine* dell’interesse alla caducazione dell’indizione della procedura selettiva in discussione, a fronte della mancata impugnazione nel termine di legge dell’atto ad essa presupposto, ossia il suddetto atto di conferma della limitazione prot. n. 130-P del 2023, il quale espressamente ha disposto che “*all’individuazione dei prestatori [...] si provvede con procedura di gara*”.

L’Amministrazione inoltre ha eccepito l’inammissibilità della terza censura: in specie, essa avrebbe ad oggetto la contestazione della legittimità di una clausola della *lex specialis* non autonomamente lesiva per la ricorrente, in quanto non ostativa alla sua partecipazione alla gara o comunque non imponente, a tal fine, oneri del tutto sproporzionati o incomprensibili.

Infine, E.N.A.C. ha replicato nel merito alle censure proposte, concludendo per la reiezione del gravame.

4. In occasione della camera di consiglio del 21 febbraio 2024 – fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta dalla ricorrente volta a sospendere l’esecutività dei provvedimenti impugnati –, la difesa della parte resistente ha ribadito l’eccezione di inammissibilità del gravame per carenza originaria di interesse, stante la mancata impugnazione del summenzionato atto presupposto. Dopo una breve discussione, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell’art. 120, comma 6, cod. proc. amm.: eventualità di cui è stato dato rituale avviso nel corso della stessa udienza, come attestato nel relativo verbale.

5. Il Collegio – nello scrutinare il primo e il secondo motivo di ricorso, con cui Sky Services contesta in radice la legittimità dell'indizione della gara – ritiene di poter prescindere dall'eccezione di inammissibilità sollevata dalla parte resistente, stante l'infondatezza nel merito delle suddette censure.

5.1. La prima doglianza – concernente la supposta illegittimità degli atti impugnati a fronte della violazione dell'art. 15, comma 5, lett. a), del Regolamento E.N.A.C – non è, infatti, meritevole di accoglimento.

Allo scopo di definire il perimetro della disciplina normativa in cui è chiamato a muoversi il Collegio, deve precisarsi che l'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 18 del 1999 – *corpus* normativo contenente l'“Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità” – prevede che “l'E.N.A.C., per motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell'aeroporto, può limitare il numero dei prestatori per le categorie di servizi di assistenza bagagli, assistenza operazioni in pista, assistenza carburante e olio, assistenza merci e posta per quanto riguarda il trattamento fisico delle merci e della posta in arrivo, in partenza e in transito, tra l'aerostazione e l'aeromobile. In ogni caso il numero dei prestatori non può essere inferiore a due, per ciascuna delle categorie di servizi sottoposte a limitazione. È comunque garantita a tutti gli utenti, indipendentemente dalle parti di aeroporto a loro assegnate, l'effettiva scelta tra almeno due prestatori di servizi di assistenza a terra”.

Il successivo art. 5, comma 1, della medesima fonte legislativa – con specifico riferimento all'effettuazione dei servizi aeroportuali a terra da parte del vettore in regime di autoassistenza – ribadisce che “negli aeroporti con traffico annuale pari o superiore a 1 milione di passeggeri o a 25 mila tonnellate di merce, l'E.N.A.C., nel rispetto dei criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione, su richiesta dell'ente di gestione, può limitare, per motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile in aeroporto, il numero dei soggetti autorizzati all'effettuazione dell'autoassistenza per le categorie di servizi dell'assistenza bagagli, dell'assistenza operazioni in pista, dell'assistenza carburante, dell'assistenza merci e posta per quanto riguarda il trattamento fisico delle merci e della posta in arrivo, in partenza e in transito tra l'aerostazione e l'aeromobile, garantendone l'effettuazione da parte di almeno due richiedenti”.

Così delineata la disciplina sulla limitazione dei prestatori dei servizi di *handling*, l'art. 11, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 18 del 1999 stabilisce che “per l'individuazione dei prestatori delle categorie di servizi di assistenza a terra il cui accesso è sottoposto a limitazioni o a provvedimenti di deroga di cui all'articolo 12, comma 1, l'ente di gestione indice una gara d'appalto [...] aperta a tutti i prestatori interessati selezionati per un periodo di durata massima di sette anni e che preveda, oltre al possesso dei requisiti di cui all'art. 13, anche un capitolato d'oneri o specifiche tecniche, stabiliti previa consultazione del comitato degli utenti”.

Ebbene, proprio alla luce di quest'ultima disposizione legislativa deve essere interpretato l'invocato Regolamento E.N.A.C., in specie la norma racchiusa nell'art. 15, comma 5, lett. a): trattasi, infatti, di una fonte secondaria volta a regolare – come espressamente riconosciuto nella sua stessa “Premessa” – il regime certificatorio degli *handler* “coerentemente con le previsioni del d.lgs. 18/99”.

D'altra parte, è la stessa gerarchia delle fonti – impressa nell'art. 1 disp. prel. cod. civ. – a imporre di interpretare un regolamento, peraltro attuativo di uno specifico atto avente forza di legge, al cospetto della normativa primaria, nell'ottica della coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico.

Nel dettaglio, l'art. 15, comma 5, del Regolamento E.N.A.C. prevede che – negli aeroporti in cui è presente la limitazione assunta ai sensi degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 18 del 1999 – possono configurarsi, a seconda del numero massimo di prestatori ammissibili per categoria di servizio e per classe di certificazione, tre diverse ipotesi, tipizzate dalla stessa disposizione regolamentare. La prima – disciplinata dalla lett. a) – riguarda la circostanza in cui *“il numero di prestatori che operano le categorie oggetto di limitazione corrispond[a] al numero dei prestatori indicato nel provvedimento di limitazione”*: in tale evenienza, *“non si dà luogo ad alcuna procedura di gara per individuare i nuovi prestatori, potendo quelli già presenti continuare ad operare per il periodo individuato nel provvedimento di limitazione”*.

Trattasi, a ben vedere, di un'eccezione alla regola generale della gara per la selezione degli operatori che prestano i servizi aeroportuali di terra.

L'obbligo della gara, infatti, si ricava innanzitutto dal diritto europeo, in specie dalla direttiva 96/67/CE del Consiglio del 15 ottobre 1996, il cui considerando 16 prevede che *“per il mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva e leale è necessario che, qualora il numero dei prestatori sia limitato, questi ultimi siano selezionati in base a una procedura trasparente e imparziale”*. Ragione per la quale il successivo art. 11, paragrafo 1, della stessa direttiva prescrive che *“gli Stati membri adottano le misure necessarie perché sia istituita una procedura di selezione dei prestatori autorizzati a fornire servizi di assistenza a terra in un aeroporto nei casi in cui il loro numero è limitato”*.

A tal scopo, la medesima disposizione richiede, alla lettera b), che debba *“essere indetta una gara d'appalto, pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, aperta a tutti i prestatori interessati”*, senza individuare alcun diritto esclusivo per l'ipotesi nella quale – all'atto della limitazione – i prestatori di servizi di *handling* in servizio presso l'aeroporto coincidano con il numero massimo di operatori autorizzati.

Come sopra visto, tale normativa è stata trasfusa nell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 18 del 1999, il quale a sua volta non prevede alcuna deroga all'obbligo generale di gara per la selezione degli *handler*, seppur in presenza di una limitazione dei posti disponibili.

Sicché l'art. 15, comma 1, lett. a), del Regolamento E.N.A.C. – in quanto eccezione al principio generale di concorrenza effettiva e leale tra i prestatori di servizi – deve essere interpretato restrittivamente: vale a dire nel senso che il diritto di esclusiva ivi riconosciuto, che consente all'operatore già in servizio di continuare la propria attività nello scalo, abbia un'efficacia temporale coincidente con il periodo individuato nel primo provvedimento di limitazione assunto dall'Amministrazione.

Pertanto, non può essere condivisa l'interpretazione di tale disposizione proposta dalla ricorrente, volta a riconoscere la perduranza di tale diritto di esclusiva anche nell'ipotesi di successiva conferma dell'atto di limitazione (come avvenuto, nel caso di specie, con l'adozione del provvedimento di E.N.A.C. prot. n. 130-P del 2023, che ha prorogato la misura restrittiva sino al 30 giugno 2028). A seguire tale argomento, infatti, si perverrebbe all'inammissibile risultato – nell'evenienza, del tutto contingente, in cui gli originari operatori in attività presso l'aeroporto al momento della prima limitazione siano in numero pari ai posti disponibili – di riconoscere ai medesimi prestatori un diritto di esclusiva *in perpetuum*, qualora tale limitazione sia nel tempo confermata (il che di norma avviene, salvo l'intervento di modifiche strutturali dello scalo che facciano venir meno le ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile su cui si radica il contingentamento delle posizioni autorizzate).

Trattasi, infatti, di un'interpretazione non accoglibile perché si scontra frontalmente con il principio generale della selezione mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilito non solo dall'art. 11, paragrafo 1, della direttiva 96/67/CE e dall'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 18 del 1999, che ne costituisce attuazione, ma financo dallo stesso art. 15, comma 5, lett. *b)* e *c)*, del Regolamento E.N.A.C., in relazione alle ipotesi nelle quali, in presenza del provvedimento di limitazione, il numero di prestatori sia inferiore o superiore ai posti disponibili.

L'interpretazione della norma regolamentare prospettata nella prima censura, dunque, comporterebbe un'inaccettabile abrogazione della normativa sovraordinata, di origine europea e interna, regolante la selezione degli operatori dei servizi di *handling*, con l'effetto – evidenziato dalla parte resistente – di attribuire ai prestatori già operanti prima della limitazione una posizione ingiustamente privilegiata e, al contempo, di escludere a tempo indeterminato dal mercato ogni altra impresa eventualmente interessata ad accedervi.

Inconferente, inoltre, è il precedente citato dalla ricorrente – reso dal T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 febbraio 2023, n. 464 – al fine di valorizzare la propria ricostruzione ermeneutica dell'art. 15, comma 1, lett. *a)*, del Regolamento E.N.A.C.: detta pronuncia, infatti, si limita a riprodurre il tenore letterale della disposizione, senza addentrarsi nella disamina del suo campo di applicazione, ossia senza chiarire se il diritto di esclusiva ivi riconosciuto abbia un'efficacia temporale ristretta al primo atto di limitazione o anche alle successive conferme dello stesso.

D'altronde, non induce a raggiungere conclusioni diverse, di contro a quanto sostenuto Sky Services, il portato dell'art. 23, comma 4, del Regolamento A.N.A.C., ove è stabilita la disciplina transitoria per il caso in cui provvedimenti di limitazione siano stati già adottati al momento di entrata in vigore dello stesso Regolamento, con la specificazione che *“i prestatori individuati conservano la posizione di esclusività per tutto il periodo di vigenza della limitazione”*. Trattandosi, per l'appunto, di una disciplina transitoria, essa si riferisce – come peraltro risulta dalla sua stessa lettera – alle sole limitazioni già previste alla data di entrata in vigore della fonte secondaria, e non anche ad eventuali successive conferme del regime derogatorio, che soggiacciono alla disciplina generale, la quale, per come sopra esposto, richiede l'indizione di una gara per la selezione dei prestatori del servizio.

5.2. Il secondo motivo di ricorso è parimenti infondato.

Attraverso di esso, la ricorrente denuncia innanzitutto la violazione dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 18 del 1999: ciò in quanto la contestata procedura selettiva sarebbe stata indetta senza la previa predisposizione di *“un capitolato d'oneri o specifiche tecniche, stabiliti previa consultazione del comitato degli utenti”*.

Sul punto, le difese della parte resistente hanno dimostrato – così confutando i rilievi sollevati da Sky Services – sia l'avvenuta pubblicazione del capitolato d'oneri sul sito istituzionale dell'ente (confluito nello schema di contratto, di cui all'Allegato 3 del disciplinare), sia l'avvenuta consultazione del comitato degli utenti, avvenuta il 6 dicembre 2023.

Tale consultazione è stata indetta dalla Direzione Territoriale Nord - Est di E.N.A.C. proprio in relazione alla *“selezione di un prestatore di servizi di assistenza a terra in possesso dei requisiti per la certificazione di classe 2, per le categorie di servizi 3 (assistenza bagagli) e 5 (assistenza operazioni in pista), con esclusione della sottocategoria 5.7”*, al fine di *“acquisire elementi per la predisposizione del capitolato d'oneri o specifiche tecniche [...] ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. 18/1999”*. Riunione a cui ha partecipato, peraltro, anche un rappresentante di Sky Services.

Privo di fondamento, inoltre, è anche il profilo di censura concernente la violazione dell'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, per la presunta mancanza della determina a contrarre.

A tal riguardo, il succitato art. 17, comma 1, prescrive che *“prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”*.

A fronte del riportato dato normativo, deve ritenersi che la funzione sostanziale della determina a contrarre sia pienamente rinvenibile, nel caso di specie, nel provvedimento prot. n. 130-P del 2023, con il quale E.N.A.C. ha confermato la limitazione del numero degli *handler* autorizzati a operare nell'aeroporto Marco Polo di Venezia.

Ivi, infatti, sono specificati sia la durata del servizio, ossia *“fino al 30 giugno 2028”*, sia il principale requisito di partecipazione afferente alla capacità tecnica e professionale, vale a dire il *“possesso della certificazione di classe 2, per le categorie di servizi 3 (assistenza bagagli) e 5 (assistenza operazioni in pista), con esclusione della sottocategoria 5.7”*.

Soprattutto, nel medesimo atto viene chiarito che *“all'individuazione dei prestatori [...] si provvede con procedura di gara da espletarsi secondo le modalità di cui all'art. 11, comma 1, del decreto legislativo n. 18 del 1999”*: disposizione, questa, che non solo stabilisce i requisiti per l'ammissione alla procedura selettiva – attraverso il rinvio al successivo art. 13, rubricato per l'appunto *“Requisiti di idoneità dei prestatori”* –, ma che prevede financo, come già evidenziato, che le caratteristiche dell'appalto siano previamente definite attraverso la pubblicazione di un capitolato d'oneri o specifiche tecniche, da definirsi previa consultazione del comitato degli utenti.

Pertanto, sia dal provvedimento prot. n. 130-P del 2023 di E.N.A.C., sia dalla normativa primaria regolante lo specifico mercato dei servizi di assistenza a terra, sia ancora dal Regolamento attuativo di quest'ultima, che contiene disposizioni di dettaglio sulla certificazione degli *handler*, è possibile desumere con chiarezza tanto gli elementi essenziali del contratto oggetto di affidamento, quanto i criteri di selezione degli operatori economici.

Sicché, in considerazione del dato testuale dell'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, che contiene solo indicazioni contenutistiche dell'atto diretto a esternare la volontà dell'Amministrazione di stipulare un contratto, e della natura endoprocedimentale di quest'ultimo, deve ammettersi che la delibera a contrarre possa essere sostituita con un atto ad essa equipollente. D'altronde, ciò è espressione del principio di raggiungimento dello scopo, che nella disciplina dei contratti pubblici è sussumibile nel principio generale del risultato, vero e proprio criterio guida *in subiecta materia*.

5.3. Il terzo motivo di ricorso è, invece, inammissibile.

Con questa doglianza, Sky Services non contesta l'indizione della procedura selettiva, bensì lamenta l'illegittimità della *lex specialis* sotto il profilo della violazione del principio di segretezza delle offerte, in quanto il disciplinare di gara non avrebbe previsto che i profili quantitativi dell'offerta tecnica, attribuenti un punteggio automatico, siano conosciuti e valutati dalla Commissione giudicatrice successivamente agli elementi qualitativi, conferenti invece un punteggio discrezionale.

A tal proposito, giova precisare che per il consolidato indirizzo della giurisprudenza – a cui il Collegio intende dare continuità – *“soggiacciono all'onere della immediata impugnazione le sole*

clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata" (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 19 luglio 2022, n. 6264).

Se ne ricava, quindi, che nessun onere d'impugnativa immediata del bando sorge allorché la lesione dell'interesse del potenziale concorrente nasca non direttamente da clausole chiaramente escludenti inserite nella *lex specialis*, ma dalla valutazione che la stazione appaltante fa in sede applicativa di quelle stesse clausole.

Nel caso di specie, la disposizione della legge di gara contestata – ossia l'art. 5 del disciplinare, nella parte in cui consente la commistione, in sede di valutazione delle offerte tecniche, tra elementi di giudizio qualitativi ed omologhi elementi quantitativi – non riveste carattere immediatamente escludente, poiché è destinata a trovare concreta applicazione soltanto in sede di valutazione delle singole proposte tecniche dei concorrenti.

Né, lo stesso art. 5, impone al concorrente oneri incomprensibili o sproporzionati, né tantomeno rende impossibile la formulazione dell'offerta, posto che i criteri di giudizio attribuenti un punteggio in via automatica riguardano aspetti del tutto ordinari del servizio di *handling*, ossia l'età media dei mezzi, la percentuale di utilizzo di mezzi a bassa emissione e il possesso di specifiche certificazioni.

6. In definitiva, alla stregua delle considerazioni sopra esposte, il ricorso deve essere respinto.

6.1. Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, tenuto conto della complessità e della novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Primo Referendario

Alberto Ramon, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Alberto Ramon

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO