

Pubblicato il 12/12/2018

N. 07031/2018REG.PROV.COLL.

N. 01380/2018 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1380 del 2018, proposto da Aeroporti di Roma S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Giuseppe Lo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

contro

Mc Exact Change s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Yex Change s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Luigi Mazzoncini, Anna Mazzoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

Best And Fast Change s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 11841/2017, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del lotto 1 della procedura ADR 28/2016 indetta da Aeroporti di Roma s.p.a. con nota di prot. n. 16828 del 21.04.2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Yex Change S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2018 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Lo Pinto Giuseppe, Cintioli Fabio, Sbrana Francesca, Lipani Damiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Aeroporti di Roma s.p.a. è una società partecipata al 99,384% da Atlantia s.p.a. e, per una percentuale inferiore all'1%, da terzi soggetti (0,265%), nonché dalla città metropolitana di Roma Capitale (0,251%) e dal comune di Fiumicino (0,1%). Alla stessa è stata affidata in concessione, ai sensi della legge n. 755/1973, la gestione del "sistema aeroportuale della Capitale", costituito dagli aeroporti di Fiumicino e di Ciampino fino al 2044.

Con avviso n. 28/2016, AdR rendeva nota, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale, l'intenzione di affidare in subconcessione alcune aree finalizzate alla realizzazione e gestione di aree e/o locali destinati ad attività di cambiavalute presso gli aeroporti Leonardo da Vinci di Fiumicino e G.B. Pastine di Ciampino, invitando gli operatori interessati a presentare domanda di partecipazione.

AdR riceveva sette richieste di partecipazione e tutti gli operatori interessati venivano invitati a presentare offerta entro il 27 gennaio 2017.

All'esito della valutazione delle offerte pervenute, il lotto 1 veniva aggiudicato a Yex Change s.r.l., e il lotto 2 a Best and Fast Change s.r.l..

MC Exact Change s.r.l., che aveva partecipato alla gara senza aggiudicarsi alcun lotto, impugnava l'esito della procedura concorsuale, ritenendola illegittima per la mancata applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Con sentenza del 30 novembre 2017, n. 11841, il Tar Lazio accoglieva il ricorso.

Avverso tale sentenza ha proposto appello AdR, deducendo con la prima censura l'errata qualificazione di AdR medesima come organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett.d), del d.lgs. n. 50/2016, e con la seconda l'errata applicazione del criterio della strumentalità dell'attività da affidare in subconcessione rispetto al settore speciale aeroportuale ex art. 119 del d.lgs. n. 50/2016.

Si è costituita in giudizio Yex Change s.r.l., con memoria formale.

Successivamente l'appellante ha depositato memoria a sostegno delle proprie conclusioni.

All'udienza pubblica del 29 novembre 2018 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Con sentenza 19 novembre 2018, n. 6534, la sezione ha deciso una questione del tutto analoga a quella oggetto dell'appello in esame.

La decisione, del tutto condivisibile, così ha statuito: “Con due distinti motivi di gravame l'appellante censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha non ha declinato la giurisdizione.

Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, infatti, AdR non potrebbe essere qualificata come organismo di diritto pubblico e il servizio messo in gara non rientrerebbe tra quelli strumentali all'esercizio dell'attività inerente al settore speciale in cui la detta società opera.

Le due doglianze, che si prestano ad una trattazione congiunta, meritano accoglimento.

In base all'art. 3, lett. d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) si intende per “«organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

I menzionati requisiti, ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico, devono sussistere cumulativamente (Cons. Stato, V, 30 gennaio 2013, n. 570; VI, 27 dicembre 2011, n. 6835; Cass. Civ. SS. UU., 9 maggio 2011, n. 10068; Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-393/06), con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel precedente punto 3), è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati.

Ciò posto deve ritenersi che AdR non possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico perché priva del requisito di cui al punto 1) del menzionato art. 3 (c.d. requisito teleologico), non risultando la stessa costituita “per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale” (esclude espressamente che AdR possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico Cass. Civ., SS.UU., 18 aprile 2016, n. 7663).

Osta al riconoscimento del requisito in questione la circostanza che la società, operante in un mercato concorrenziale, sia gestita secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa.

Il costante orientamento giurisprudenziale, sia nazionale sia eurounitario è nel senso che l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi “guidare da considerazioni diverse da quelle economiche”, quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5930; 26 luglio 2016, n. 3345, 30 gennaio 2013, n. 570; Cass. Civ., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770; 9 maggio 2011, n. 10068 e 7 aprile 2010, n. 8225; Corte Giustizia UE 5 ottobre 2017, C-567/15; 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 e 10 novembre 1998, C-360/96).

Dirimente è allora l'ambito di mercato nel quale AdR si trova ad operare.

Come infatti poc'anzi accennato, la figura dell'organismo pubblico non ricorre allorché il soggetto eserciti la sua missione in un contesto economico concorrenziale con i privati e non usufruisca di misure pubbliche che lo preservino dal rischio di impresa.

Orbene AdR è una società privata che agisce, sopportando il connesso rischio d'impresa, in un mercato concorrenziale, quale deve indubbiamente ritenersi quello tra scali aeroportuali, nel quale i diversi gestori si confrontano mirando ad incentivare l'afflusso di vettori aerei (e quindi di passeggeri), attraverso la leva dei servizi offerti e dei diritti aeroportuali.

Ed invero è incontestabile che la gestione di un'infrastruttura quale un aeroporto incontra un'offerta di servizi di carattere commerciale proveniente dagli operatori del settore - in primis le compagnie aeree e quindi gli utenti di queste ultime - suscettibile di essere assicurata in condizioni di equilibrio economico, senza la necessità di sovvenzioni pubbliche. Per altro verso è del pari evidente che la conduzione di un aeroporto si colloca nell'ambito di un mercato di stampo concorrenziale, nel quale il singolo operatore si trova a competere con i gestori di aeroporti vicini aventi caratteristiche simili, sui quali la domanda dei vettori aerei può indirizzarsi.

Nel descritto quadro diventa allora irrilevante che la società sia stata costituita per soddisfare un interesse di carattere generale quale è quello alla mobilità, perché ciò che assume preminenza è la modalità con cui il detto bisogno viene perseguito.

AdR va, pertanto, ricompresa nella categoria degli "enti aggiudicatori" di cui al punto 1.2. dell'art. 3, lett. e) al codice dei contratti pubblici che contempla quei soggetti che "pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente".

Poiché gli operatori di cui al citato punto 1.2. sono tenuti ad applicare le norme del codice dei contratti pubblici (per la parte relativa ai settori speciali) solo se l'affidamento si pone in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore speciale di pertinenza, occorre verificare, allo scopo di individuare il giudice cui spetta decidere la controversia, se nella specie ricorra il detto nesso di strumentalità.

AdR opera nel settore speciale di cui all'art. 119 del codice dei contratti pubblici, a mente del quale: "1. Le norme del presente capo si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali".

Conseguentemente la ricorrenza del ricordato rapporto di strumentalità va appurata, per quanto qui rileva, rispetto all'attività concernente lo sfruttamento del sedime aeroportuale per il funzionamento della relativa struttura.

Devono, quindi, ritenersi incluse nel perimetro di cui al trascritto art. 119 tutte le attività necessarie a soddisfare le esigenze del traffico aereo, dal momento dell'atterraggio a quello del decollo, nonché quelle immediatamente e direttamente correlate allo svolgimento del servizio di trasporto, che riguardano merci e passeggeri.

Ne consegue che l'acquisizione di beni o servizi funzionali ad attività estranee al settore speciale costituente il "core business" del concessionario o a esso solo indirettamente connesse, non è soggetta all'esperimento di procedure ad evidenza pubblica.

Sul punto giova, peraltro, rilevare che in base ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale, la nozione di strumentalità deve essere intesa in senso restrittivo (Cons. Stato, A.P. 1° agosto 2011, n. 16; V 26 maggio 2015, n. 2639; Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-393/06).

Il contrario convincimento in ordine al concetto di strumentalità a cui è giunto il Tribunale non può trovare fondamento, né nel “considerando” 25 della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, né nella delibera ANAC 13 luglio 2016 n. 758.

Il suddetto “considerando” prevede che “...le attività pertinenti nel settore aeroportuale comprendono anche i servizi forniti ai passeggeri che contribuiscono al regolare funzionamento delle strutture aeroportuali e che è legittimo attendersi da un aeroporto moderno e ben funzionante, quali servizi di vendita al dettaglio, di ristorazione pubblica e di parcheggio auto”.

Tuttavia i “considerando” delle direttive eurounitarie non hanno valore giuridico vincolante e non possono essere fatti valere per derogare alle disposizioni contenute nell’atto di cui fanno parte (Corte di Giustizia UE, 19 novembre 1998, C-162/97).

Orbene la nozione estensiva di strumentalità che vorrebbe trarsi dal tenore del “considerando” 25 non trova alcun riscontro nelle norme della direttiva 2014/23/UE, la quale, anzi, come emerge dal combinato disposto dell’art. 7, comma 1, lett. c), e dell’allegato II, punto 4, detta, in relazione ai soggetti privati che operano nei settori speciali, una disciplina degli affidamenti immutata rispetto a quella recata dalla precedente normativa, nel vigore della quale si è formato il concetto di strumentalità a cui più sopra si è fatto cenno.

Deve quindi concludersi nel senso della funzione meramente illustrativa e programmatica del detto “considerando”.

Quanto alla richiamata delibera dell’ANAC n. 758 del 2016 è sufficiente rilevare che la stessa è priva di qualunque valore vincolante per il giudice”.

Come nel caso deciso con la pronuncia succitata, in seguito alla precisazione del concetto di strumentalità, occorre verificare se nella fattispecie all’esame del Collegio il servizio affidato in subconcessione da AdR possa ritenersi strumentale all’esercizio dell’attività “aviation” che costituisce il “core business” di AdR medesima.

Dalla documentazione versata in atti si evince che l’attività da affidare in subconcessione consiste nell’affidamento di uno spazio da dedicare al servizio di cambiavalute presso gli aeroporti di Fiumicino e Ciampino.

Si tratta quindi di un servizio di natura commerciale offerto ai passeggeri, privo di una funzione diretta e immediata rispetto alle specifiche attività svolte da AdR nell’ambito del settore speciale di propria pertinenza (attività di “aviation”).

Mancano, dunque, nella specie, i presupposti per radicare la giurisdizione amministrativa.

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso in appello va accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, va dichiarata l’inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi per disporre l’integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara il ricorso di primo grado inammissibile per difetto di giurisdizione.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO