



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10471 del 2011, proposto da: Soc. Fly Srl, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Bruno, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, viale Liegi,48/B;

contro

la Soc. Aeroporti di Roma Spa, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Stefano Gattamelata e Renzo Cuonzo, presso il cui studio é domiciliata elettivamente in Roma, via di Monte Fiore,22;
l'Enac - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante p. t., e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro p. t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc. Truestar Group Spa, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Mauro Pisapia, Renato Bocca, Luigi Pontrelli e Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Angelico, 103;

per l'annullamento

della nota prot. a007741 del 24.10.11 con la quale il gestore unico degli aeroporti di Roma ADR Spa ha rilevato l'inapplicabilità delle regole dell'evidenza pubblica in riferimento alle procedure di scelta dei soggetti (terzi) cui affidare in sub concessione aree di sedime aeroportuale destinate al servizio di avvolgimento bagagli con pellicola; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

e, in subordine, per il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Società Aeroporti di Roma Spa e Truestar Group Spa, dell'Enac - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2012 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Tommaso Pallavicini in delega di Giovanni Bruno per la parte ricorrente, l'avv. Renzo Cuonzo per la Soc. A.d.R., il difensore della soc. controinteressata Mauro Pisapia e l'avv. dello Stato Figliolia per le resistenti Amministrazioni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Premette la società Fly S.r.l. di operare da tempo nel settore della protezione bagagli in transito presso numerosi aeroporti italiani ed internazionali e di avere, pertanto, manifestato nel 2007 alla società Aeroporti di Roma S.p.a. (di seguito, Adr) interesse ad aggiudicarsi la subconcessione di spazi in ambito aeroportuale al fine della estensione dell'attività svolta dalla medesima nel campo dell'avvolgimento bagagli anche presso gli scali di Roma Fiumicino e Ciampino.

Con il ricorso in epigrafe impugna, ora, la nota con cui AdR, gestore unico degli Aeroporti di Roma (Leonardo da Vinci di Fiumicino e G.B. Pastine di Ciampino), ha ritenuto non applicabili le regole dell'evidenza pubblica al fine dell'affidamento in regime di subconcessione delle aree del sedime aeroportuale destinate al servizio di avvolgimento bagagli con pellicola, il rinnovo della subconcessione in parola nei confronti della società Truostar Group S.p.a. avvenuto in carenza di previa procedura competitiva e la Concessione tra Adr e l'Ente concedente nella parte in cui prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata per l'affidamento in subconcessione di aree di sedime aeroportuale per il servizio di avvolgimento bagagli; chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra Adr e Truostar Group S.p.a. recante il rinnovo della subconcessione di cui sopra, nonché il risarcimento dei danni subiti e subendi.

Con unico articolato motivo, ha dedotto la violazione dei principi in materia di scelta del contraente di derivazione comunitaria di cui al Trattato Istitutivo Ce ed alle Direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE; la violazione e falsa applicazione del R.D. n. 827/1924; violazione degli artt. 30, 207 e 216 del d. lgs. 163/2006 e s.m.i.; violazione dell'art. 4 del d. lgs. n. 18/1999 e s.m.i.; violazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241/1990; violazione dell'art. 97 della Cost.; violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e buon andamento della P.A.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento di atti e di fatti, erroneità dei presupposti, illogicità e contraddittorietà, sviamento, manifesta ingiustizia.

In via subordinata, chiede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE, per accertare la compatibilità dell'art. 4, comma 5, della legge 10 novembre 1973, n. 755, nella parte in cui dispone la possibilità di subconcessioni parziali regolate dal diritto privato, con le norme che impongono l'adozione dei criteri dell'evidenza pubblica.

Si è costituita l'Avvocatura Generale dello Stato in difesa di Enac – Ente Nazionale per l'aviazione civile e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per eccepire il difetto di legittimazione passiva delle intimato Amministrazioni, e, nel merito, l'infondatezza del ricorso di cui ha chiesto, pertanto, il rigetto.

Si è costituita l'Adr per eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione a questione di diritti soggettivi regolati dal diritto privato; la tardività del ricorso, non essendo stato rispettato il termine perentorio di trenta giorni di cui all'art. 120 c.p.a.; il difetto di interesse e/o legittimazione ad agire, non essendo supportato il ricorso da un interesse tutelabile giuridicamente per estraneità della società al processo decisionale concluso con la scelta della società controinteressata; nel merito ha rilevato, comunque, l'infondatezza delle tesi avversarie.

Si è costituita, infine, la società Truostar Group S.p.a. che ha eccepito, per altrettanto, il difetto di giurisdizione, la tardività, e, nel merito, l'infondatezza del ricorso.

In vista della discussione della causa nel merito le parti hanno depositato memorie e repliche; alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta a sentenza.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame la società Fly S.r.l. chiede l'annullamento della nota recante, in via principale, il diniego

di accesso agli atti relativi all'affidamento in subconcessione di spazi aeroportuali per lo svolgimento di attività commerciale, nella parte in cui la società Aeroporti di Roma - Adr, concessionaria degli ambiti aeroportuali di Roma Fiumicino e Ciampino, conferma che le modalità osservate ai fini dell'assegnazione in subconcessione di spazi aeroportuali per lo svolgimento del servizio di avvolgimento bagagli sono regolate dal diritto privato; chiede, per altrettanto, l'annullamento degli atti di subconcessione per il servizio di avvolgimento dei bagagli rilasciati in favore della società controinteressata senza il preventivo espletamento di una procedura che consentisse la massima partecipazione di tutti gli operatori dello specifico settore, quale la società ricorrente medesima, ritenendo che una tale prassi, come palesata dagli atti impugnati, si ponga in violazione dei principi nazionali e comunitari di concorrenzialità, pubblicità, trasparenza, massima partecipazione, divieto di discriminazione e parità di trattamento, enucleabili nelle direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE e nel d. lgs. n. 163 del 2006.

2. E' pregiudiziale allo scrutinio delle censure dedotte l'esame della eccepita carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in siffatta materia.

2.1 Affermano, infatti le parti resistenti che l'attività oggetto di controversia non rientra tra quelle concesse per l'esercizio di un servizio pubblico ma fa parte di quelle altre attività di carattere commerciale che pure si svolgono in ambito aeroportuale ma che non sono collegate direttamente con l'attività cui è preposta la concessionaria.

La società ricorrente replica, in proposito, che l'attività di avvolgimento dei bagagli è strettamente connessa al traffico aereo, attesa l'occasionalità necessaria rispetto al trasporto aereo e la sua assoluta peculiarità rispetto ai normali servizi commerciali, in quanto funzionale alla protezione dei bagagli da imbarcare nelle stive degli aerei in partenza.

2.2 Ritiene il Collegio che non sia determinante, ai fini che ne occupa, stabilire la natura dell'attività che viene esercitata nell'ambito aeroportuale, ma che sia, piuttosto necessario enucleare esattamente la natura della subconcessione oggetto controversia e i connessi effetti, al di là del nome attribuito allo stesso atto, e per far ciò occorre esaminare tutti gli aspetti rilevanti, siano essi di carattere soggettivo che oggettivo.

2.3 E' noto che Adr, società di diritto privato, assume in sé una serie di poteri di rilevanza pubblicistica che affondano le radici nella legge n. 755 del 1973 con cui, agli artt. 1 e 2, si è espressamente stabilito l'affidamento della gestione del sistema aeroportuale della capitale (individuato negli aeroporti "Leonardo da Vinci" di Roma-Fiumicino e "G.B. Pastine" di Ciampino) ad una società che provvedesse, a propria cura e spesa, alla ordinaria e straordinaria manutenzione di tutte le opere, infrastrutture ed impianti dello stesso sistema; a mente del successivo art. 4, è stato stabilito che la società concessionaria dovesse operare con criteri di organicità e di economicità, provvedendo alla gestione mediante l'espletamento diretto dei servizi aeroportuali e potendo, anche, provvedere a servizi particolari mediante appalti o subconcessioni parziali regolate dal diritto privato, ferma restando la propria responsabilità.

In attuazione delle norme di cui sopra è stata stipulata tra l'allora competente Ministero dei trasporti e dell'aviazione civile e la società Adr la Convenzione nel 1974, approvata con d. m. 1° luglio 1974, che all'art. 17 prevede che la Concessionaria ha la facoltà di gestire servizi particolari, previo assenso dell'Amministrazione concedente, "anche mediante affidamento degli stessi a terzi, in appalto o subconcessione parziale, regolati dal diritto privato, ai sensi dell'art. 4 della suddetta legge n. 755".

La regola iuris scaturente dal combinato disposto delle norme in esame, risalenti agli anni settanta, deve necessariamente essere calata ed interpretata nell'attualità dell'ordinamento giuridico nazionale, la cui evoluzione è stata fortemente influenzata, oltre che permeata, dal diritto di derivazione comunitaria e dai principi con lo stesso propugnati, recanti, per un verso, la liberalizzazione delle attività di handling, e, per altro verso, l'imposizione agli organismi pubblici o esercenti pubbliche funzioni di adozione di determinati procedimenti procompetitivi da

osservarsi nell'ambito della scelta dei contraenti di appalti pubblici o dei soggetti cui assegnare compiti di rilievo comunque pubblicistico attraverso lo strumento delle concessioni.

Innanzitutto, come osservato dalla difesa di ADR, la legge n. 755/1973 va integrata dalle modifiche apportate all'art. 693, comma 1, codice della navigazione con il d. lgs. n. 96/2005, a mente del quale i beni del demanio aeronautico destinati ad assicurare i servizi di gestione aeroportuale sono ora assegnati all'Enac, che, dunque, è subentrato nei rapporti giuridici già instaurati con ADR dall'allora competente Ministero dei trasporti e dell'aviazione civile.

Si deve aggiungere, ancora, che, ai sensi dell'art. 705 del codice della navigazione, nella versione modificata ed integrata dal d. lgs. n. 151/2006, è preciso compito del gestore aeroportuale di amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato; la norma, poi, nel fare salve le competenze degli organi statali in materia di sicurezza ed ordine pubblico, difesa civile, prevenzione e lotta agli incendi, soccorso e protezione civile, indica le precise competenze del gestore aeroportuale, tra cui, per i fini di interesse, viene in rilievo il dovere di assicurare l'efficiente ed ottimale utilizzo delle risorse per la fornitura di servizi e attività di livello adeguato anche in relazione alla tipologia di traffico, assicurando, peraltro, agli utenti la presenza in aeroporto dei necessari servizi di assistenza a terra - la cui disciplina è rinviata dal successivo art. 706 alle specifiche norme di settore - attraverso la fornitura diretta o il coordinamento dell'attività dei soggetti idonei che le forniscono in autoproduzione o in favore di terzi.

Sotto altro versante, deve rilevarsi che, in applicazione dei principi introdotti con la direttiva comunitaria 15.10.1996, n. 96/67/CE (con cui è stata sancita la liberalizzazione del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, al dichiarato scopo di contribuire alla riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e al miglioramento della qualità offerta agli utenti) la normativa nazionale di recepimento (di cui al d. lgs. n. 18 del 1999) ha previsto il libero accesso al mercato dei servizi d'assistenza a terra negli aeroporti, fatte salve, tenuto conto della specificità del settore, una serie di limitazioni all'accesso a tale mercato o all'effettuazione dell'autoassistenza, a condizione che tali limitazioni abbiano un carattere pertinente, obiettivo, trasparente e non discriminatorio.

Peraltro, la medesima normativa speciale da ultimo richiamata ha individuato in modo puntuale, con l'elenco tassativo di cui all'allegato A, la perimetrazione dei servizi in parola, denominati nel gergo di settore "handling".

Il quadro normativo complessivo sopra indicato induce senz'altro a ritenere che ADR, ancorché formalmente soggetto di diritto privato, sia comunque tenuto all'osservanza dei principi di trasparenza e buon andamento anche con riguardo agli atti dispositivi delle aree aeroportuali, ove questi siano direttamente connessi con la gestione del servizio aeroportuale, in generale, e, più nello specifico, con la destinazione del sedime aeroportuale all'uso da parte dei vettori aerei e dei soggetti variamente chiamati a svolgere servizi di assistenza e supporto della principale attività aeronautica, in quanto per tale via si attua, in sostanza, il trasferimento di quelle stesse attività di interesse pubblico connesse alla gestione del complessivo sistema aeroportuale, che il legislatore ha attribuito, in via primaria, al soggetto concessionario della gestione aeroportuale, con ogni effetto in ordine alla giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle relative controversie.

In tal caso, infatti, sussiste senz'altro la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, potendosi ritenere che la pretesa sostanziale fatta valere è la subconcessione dei beni dove esercitare l'attività di "handling", connessa direttamente all'aviazione civile e, quindi, in definitiva, la concessione dell'utilizzazione di un bene per l'esercizio di facoltà e diritti direttamente riconducibili al rapporto pubblicistico di concessione.

2.4 Tanto precisato, e venendo ad esaminare i fatti in controversia, ritiene il Collegio che l'attività di avvolgimento bagagli non possa essere annoverata tra le attività di assistenza a terra prestate negli aeroporti aperti al traffico aereo

commerciale, come invece sostiene la parte ricorrente, essendo queste, come sopra già accennato, indicate in modo compiuto ed esauriente nell'Allegato A della legge n. 18/1999.

Per i profili di interesse, quanto alle attività connesse alla "assistenza bagagli" la tabella di cui sopra indica una prima fase, più propriamente di assistenza passeggeri (in partenza, in arrivo, in transito o in coincidenza) in aeroporto, consistente nella registrazione dei bagagli e nel trasporto di questi ultimi fino ai sistemi di smistamento. Una volta giunti i bagagli nei locali di smistamento, si perviene alla fase di assistenza bagagli vera e propria, comprendente "il trattamento dei bagagli nel locale di smistamento, lo smistamento degli stessi, la loro preparazione in vista della partenza, il loro caricamento e scaricamento rispettivamente su e dai sistemi trasportatori da e per l'aereo, nonché il trasporto dei bagagli dal locale di smistamento alla sala di distribuzione".

E' evidente che in tali attività non vi è il minimo cenno, nemmeno indiretto, all'avvolgimento dei bagagli in materiale protettivo, trattandosi di attività del tutto facoltativa e non necessaria ai fini dell'imbarco sull'aeromobile in partenza o alla successiva distribuzione all'arrivo, che viene, dunque, eventualmente effettuata prima che il passeggero si rivolga ai competenti operatori che ricevono i bagagli da imbarcare, al fine dell'avvio degli stessi nei locali di smistamento, dove poi, avviene un'altra serie di attività finalizzate all'imbarco e/o alla distribuzione, uniche attività, queste, qualificabili come di assistenza a terra.

Non sono, dunque, pertinenti i richiami operati dal ricorrente alla normativa di cui al d. lgs. n. 163/2006, in quanto non si è concretizzata alcuna concessione di un servizio pubblico attraverso la assegnazione di spazi di sedime demaniale per l'effettuazione di attività solo occasionalmente collegate all'ambito aeroportuale al pari di qualsiasi altra attività commerciale che possa essere offerta anche in tale ambito; non essendo applicabile il d. lgs. 163 del 2006, non può essere utile tale disciplina ai fini di stabilire il riparto di giurisdizione in merito alle relative controversie.

Per l'applicazione delle norme della cui violazione si duole la ricorrente, infatti, non è sufficiente la sussistenza dell'elemento soggettivo, ossia che il soggetto precedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno, dovendo convergere, altresì, anche l'elemento oggettivo quanto alle attività oggetto di concessione e la riconducibilità di queste ai settori disciplinati dalle direttive comunitarie del 2004, essendo, invece, del tutto estranee alla disciplina posta a tutela della concorrenza quelle attività aventi scopi diversi dall'esercizio delle attività di rilievo pubblicistico.

Aggiungasi che si è in presenza della concessione di servizi pubblici quando il costo di questo grava esclusivamente sull'autorità concedente, di talché il concessionario non si remunera attraverso i proventi derivanti dalla gestione del servizio, ma spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

2.5 Tanto chiarito, osserva il Collegio che la fattispecie in controversia ha ad oggetto, più propriamente, un rapporto giuridico regolato secondo il diritto privato veicolato attraverso la concessione in uso di spazi siti in ambito aeroportuale presso gli scali di Fiumicino e Ciampino, determinandosi per tale via non un rapporto contrattuale passivo, come nel caso sopra indicato, ma attivo, derivando un'entrata per Adr, soggetto concedente.

Sono noti i risalenti principi generali ancora vigenti nell'ordinamento nazionale, secondo cui tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, ad eccezione dei casi indicati da leggi speciali (cfr. art. 37, r. d. 23.05.1924, n. 827, recante il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato).

Nel caso di specie, la norma che sembra esonerare dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, e richiamata dalle resistenti a sostegno dell'eccezione in esame, è l'art. 4 della legge n. 755 del 1973, con cui si prevede espressamente che la società concessionaria del sistema aeroportuale della capitale può "provvedere a servizi particolari mediante appalti o subconcessioni parziali regolate dal diritto privato, ferma restando la propria

responsabilità.”

Deve essere, pertanto, valutata la perdurante compatibilità con gli enunciati principi dell’attività che il legislatore del 1973 ha ritenuto di riservare al gestore aeroportuale attraverso l’utilizzo di strumenti remunerativi di diritto privato e se questa possa ritenersi collegata, anche solo in via strumentale, con l’attività di natura pubblicistica come sopra individuata, venendo comunque in rilievo l’attribuzione di un diritto di utilizzo esclusivo del sedime demaniale, al fine di stabilire, in conseguenza di ciò, la competenza, o meno, del giudice amministrativo a conoscere delle relative controversie.

2.6 Ritiene il Collegio che l’indagine deve essere, innanzitutto, orientata a valutare se l’atto con cui la società concessionaria ADR dà in uso a terzi, a titolo oneroso e dietro corrispettivo, spazi demaniali possa essere qualificata quale mera locazione di un bene che non ha più nella specifica utilizzazione la qualità di immobile strumentale rispetto ai servizi aeroportuali, ma viene goduto per scopi propri, ovvero, se, attraverso la subconcessione, il bene mantenga comunque l’indicata strumentalità, in modo che il soggetto assegnatario venga a trovarsi in posizione analoga a quella del concessionario, dovendo utilizzare lo spazio aeroportuale per lo svolgimento di attività, indipendentemente se esse siano comprese o meno fra quelle che il concessionario avrebbe potuto svolgere direttamente, ma che vadano a costituire componenti del servizio aeroportuale unitariamente inteso.

Dall’esame delle premesse della convenzione stipulata tra ADR e la società controinteressata emerge il richiamo all’art. 17 della Convenzione tra ADR e la allora competente Amministrazione centrale che prevede l’assentimento dell’uso in esclusiva di parti del sedime aeroportuale, di locali ed aree siti nelle aerostazioni, destinati all’esercizio di attività commerciali, con introito dei relativi proventi, previo assenso dell’Amministrazione concedente; ancora, viene ostesa all’art. 3 della convenzione in controversia la finalità della subconcessione, attesa la ritenuta utilità delle attività esercitate dal subconcessionario alle esigenze dello scalo aeroportuale, onde garantire agli utenti dello scalo un migliore e più completo servizio.

Si tratta, pertanto, di attività commerciali che esulano senz’altro dai compiti primariamente assegnati al soggetto gestore del sistema aeroportuale, come enucleati dal codice della navigazione (art. 705 sopra richiamato) ma che, comunque, è nella facoltà dello stesso di rendere agli utenti, o direttamente o mediante atti di subconcessione, per una migliore fruibilità dello scalo e, al contempo, ricavare i relativi proventi.

Qualificante, in tal senso, è a parere del Collegio l’elemento funzionale che caratterizza i c.d. servizi pubblici, che sono quelli finalizzati direttamente al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, elemento del tutto mancante alle attività private imprenditoriali o commerciali, ancorché queste siano indirizzate e coordinate a fini sociali.

Ed invero, è indubitabile che il soggetto gestore non perde la qualità di imprenditore per il solo fatto di essere assegnatario del sistema aeroportuale capitolino, tanto che la normativa specifica come risultante dal combinato disposto della legge n. 755/1973 e della Convenzione applicativa, fanno esplicito riferimento alla possibilità per questo di trattenere i proventi rivenienti dall’esercizio di attività commerciali.

Ritiene il Collegio che se l’offerta di tali attività si pone in un rapporto di utilità, e, in definitiva, di accessorietà rispetto al servizio aeroportuale, queste non possono certo essere considerate indispensabili, anche se certamente contribuiscono ad alleggerire l’onere imposto al soggetto concessionario, cui è stata assegnata - giusta legge n. 755/1973 - l’ordinaria e straordinaria manutenzione di tutte le opere, infrastrutture ed impianti dello stesso sistema aeroportuale, anche dal punto di vista economico.

2.7 Sulla questione deve dare atto il Collegio di un recente arresto giurisprudenziale del giudice regolatore che ha stabilito, in tema di concessione in uso esclusivo a privati di beni demaniali, che la giurisdizione appartiene al giudice ordinario se la pretesa trovi la propria origine in un rapporto tra il concessionario e il terzo, sempre che l’Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa ravvisarsi alcun

collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo, essendo il primo un semplice presupposto del secondo (cfr. Corte Cass., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26823).

Anche il giudice amministrativo, in recepimento di tale orientamento, ha ritenuto che la subconcessione a privati di aree appartenenti al demanio aeroportuale e il relativo affidamento non attengono a rapporti conoscibili dal giudice amministrativo ogniqualvolta l'amministrazione concedente resti totalmente estranea alla gestione del rapporto derivato, di tal che non possa ravvisarsi alcun collegamento funzionale tra l'atto autoritativo concessorio "a monte" e quello di sub-concessione, al di là del fatto che il primo costituisca l'essenziale presupposto giuridico del secondo. Pertanto, il giudice amministrativo difetta di giurisdizione in una controversia attinente ad un rapporto di sub-concessione, qualora le clausole relative escludano che oggetto dello specifico regolamento negoziale siano attività connesse funzionalmente allo svolgimento dei pubblici servizi nella specie, aeroportuali di terra o che attribuiscono all'amministrazione concedente, comunque non parte contrattuale, diretti poteri autoritativi, trattandosi in tal caso di una vicenda privatistica, di natura prettamente commerciale (nella fattispecie si trattava di concessione di uno spazio aeroportuale per la vendita di prodotti artigianali), indubbiamente accessoria rispetto all'attività aeronautica, ma certamente estranea allo specifico oggetto pubblicistico della concessione alla quale essa negozialmente si collega in via derivativa (cfr. C.g.a. Sicilia, sez. giurisd., 10 settembre 2010, n. 1197)

2.8 Ritiene il Collegio che tale impostazione meriti, tuttavia, una più approfondita meditazione, in quanto con le decisioni ora richiamate, pure relative a fattispecie che sembrano attagliarsi al caso de quo, non sono stati sviscerati tutti gli aspetti rilevanti, essendosi limitate le autorità giurisdizionali ad escludere l'applicazione in tali casi delle norme in materia di contratti pubblici.

Come sopra già osservato, è escluso che nella questione che ne occupa possano trovare ingresso le norme sui contratti pubblici, essendo stata stabilita, a mezzo dell'atto autoritativo concessorio a monte del 1974, la possibilità per il soggetto gestore di regolare con atti di diritto privato taluni rapporti previa sub concessione, dietro corrispettivo, degli spazi aeroportuali con la finalità, in definitiva, di costituire una entrata per il medesimo soggetto, rimanendo, poi, estranea alla gestione del rapporto costituito per tale via ogni potestà di natura pubblicistica.

Ciò che però, a parere del Collegio, deve essere pur sempre tenuto nella debita considerazione è che il successivo dispiegarsi di un rapporto di natura privatistica, atta a costituire una ulteriore fonte di entrata per il gestore aeroportuale, oltre ai diritti aeroportuali, non vale a privare le aree ove tale attività sarà resa della natura pubblica di sedime demaniale, in specie, aeroportuale.

Si impone, allora, l'esame puntuale della nota impugnata, con cui Adr afferma che lo strumento della sub concessione con cui può assegnare aree o spazi commerciali in ambito aeroportuale, (di cui al combinato disposto della legge n. 755/1973 e d.m. 1° luglio 1974) è regolato dal diritto privato, facendone, per l'effetto discendere le relative conseguenze in ordine alle regole, di natura privatistica, allo stesso applicabili.

In disparte la questione se sia corretta o meno la lettura delle norme richiamate da Adr, è indubitabile che la nota in questione, con cui, tra l'altro, si respinge l'istanza di accesso presentata dalla ricorrente, ha natura provvedimento, in quanto con la stessa, in sostanza, sono esplicitate le determinazioni circa la scelta dei moduli operativi (di natura convenzionale) finalizzati all'esercizio di una parte delle competenze affidate dalla legge (gestione delle infrastrutture aeroportuali) e la contestuale negazione del ricorso agli ordinari schemi di carattere pubblicistico che sono propri della concessione di beni pubblici.

Tanto è sufficiente, a parere del Collegio, a radicare la competenza del giudice amministrativo, cui compete la giurisdizione esclusiva a conoscere di tutte le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi

e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche (art. 133, comma 1, lett. b, c.p.a.).

Vertendosi, pertanto, in materia di concessione di beni pubblici, rientra nella cognizione del giudice adito anche la controversia volta a caducare un atto che nega, nella sostanza, la doverosità della indizione di una procedura ad evidenza pubblica a tali fini, ed è dunque espressione di attività provvedimentale, rispetto a cui la posizione del privato riveste carattere di interesse legittimo.

In conclusione il Collegio, alla luce del complesso di considerazioni svolte, ritiene l'infondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia in ordine alla subconcessione finalizzata all'esercizio di attività commerciale.

3. Devono essere ora esaminate le altre eccezioni pure introdotte, sotto i seguenti profili, indicati secondo l'ordine di trattazione imposto da motivi di ordine logico: a) tardività del ricorso, per non essere stato rispettato il termine di trenta giorni per la notifica di cui all'art. 120, c.p.a.; b) difetto di interesse della società ricorrente; c) difetto di legittimazione passiva del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e di Enac e connessa richiesta di estromissione dal giudizio delle intime Amministrazioni.

3.1 Sotto il primo aspetto, rileva il Collegio che il ricorso, notificato in data 26 novembre 2011, ha ad oggetto l'impugnativa della nota in data 24 ottobre 2011, conosciuta il successivo 27 ottobre, con cui ADR ha ritenuto non applicabili le regole dell'evidenza pubblica al fine dell'affidamento in regime di subconcessione delle aree del sedime aeroportuale destinate al servizio di avvolgimento bagagli con pellicola, e l'atto di rinnovo della subconcessione in parola nei confronti della società Truostar Group S.p.a. avvenuto in carenza di previa procedura competitiva e la Concessione tra ADR e l'Ente concedente, di cui la ricorrente non ha mai avuto diretta e formale conoscenza, se non in occasione della nota impugnata in via principale.

Il ricorso è, allora, senz'altro tempestivo, tenuto anche conto che non si applica alla controversia in esame la speciale disciplina processuale dettata per le materie indicate dall'art. 119, comma 1, lett. a).

Come sopra ampiamente argomentato, (punto 2.4) il rapporto in controversia esula dalle concessioni di servizio pubblico e, dunque, ad esso, non si applicano le regole di cui al d. lgs. 163 del 2006, né può essere utile tale disciplina ai fini di stabilire le conseguenti regole processuali, che dunque, rimangono quelle previste in via generale per le azioni di annullamento (art. 41, c.p.a.).

Il ricorso, peraltro, è senz'altro tempestivo anche avuto riguardo alla restante parte del petitum introdotto, con cui la parte ricorrente veicola due distinte azioni di accertamento (chiedendo l'inefficacia del contratto e, in via subordinata, il risarcimento del danno) che sono, come noto, svincolate dai termini di decadenza previsti per le azioni impugnatorie.

3.2 Acclarata la tempestività del ricorso, deve essere ora valutata la sussistenza di un interesse concreto ed attuale ad agire in capo alla società ricorrente.

Ritiene il Collegio che la domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti che negano, in radice, la necessità dell'esperimento di una procedura concorsuale per l'affidamento, in specie, di beni demaniali, presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza ex art. 100 cod. proc. civ. rispetto a quello della generalità dei consociati, atteso che l'interesse tutelato in sede di ricorso giurisdizionale non può essere quello generico alla riedizione della procedura secondo i canoni della legalità, bensì quello specifico ad una partecipazione finalizzata all'ottenimento del bene della vita di cui si contesta la privazione, che, nella specie consiste nella possibilità di partecipare a parità di condizioni all'affidamento di spazi aeroportuali, onde svolgere particolari tipologie di attività commerciali.

Tanto precisato, è indubitabile che la società Fly Spa ha provato, senza smentita sul punto, di svolgere presso altri

scali aeroportuali la medesima attività svolta dalla società Truestar Group Spa presso gli scali romani, e di essere dunque un'impresa che opera nello stesso settore commerciale, e che nel 2007 aveva manifestato ad Adr l'interesse ad aggiudicarsi la sub concessione di spazi per estendere la propria attività di avvolgimento bagagli anche presso gli aeroporti di Fiumicino e di Roma Ciampino.

Sussiste, pertanto, l'interesse, ancorché di carattere strumentale, in capo alla parte ricorrente alla odierna impugnativa, attraverso la quale aspira ad ottenere il ristabilimento dell'interesse sostanziale che ritiene essere stato leso dal comportamento di Adr, e cioè, quello della possibilità di partecipare, a parità di condizioni con gli altri operatori del settore, ad una procedura di assegnazione di spazi aeroportuali dotata dei crismi della trasparenza e della idoneità a garantire, attraverso la massima partecipazione, i principi di libera esplicazione della concorrenza e di non discriminazione.

3.3 Il Collegio, ancora in via preliminare, ed in accoglimento di specifica eccezione sollevata sul punto dall'Avvocatura Generale dello Stato, ritiene la sussistenza dei presupposti per disporre l'estromissione dal giudizio delle intime Amministrazioni centrali, assolutamente estranee al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, non avendo la parte ricorrente impugnato alcun atto alle stesse ascrivibili, reclamando, invece, la declaratoria di illegittimità degli atti adottati dal gestore aeroportuale, cui le norme di settore riservano il potere di sub concedere ambiti aeroportuali.

E' noto, peraltro, il principio generale che, nei giudizi amministrativi, la legittimazione passiva va riferita all'amministrazione che ha adottato l'atto ritenuto lesivo ed impugnato, ovvero cui la legge attribuisce il potere di porre in essere i provvedimenti reclamati.

4. Il Collegio può ora procedere ad esaminare nel merito le questioni introdotte con il ricorso.

4.1 Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame della connessa istanza di esibizione degli atti, non ritenendola necessaria ai fini della decisione della controversia, i cui contorni fattuali e giuridici sono stati con sufficienza enucleati dalle parti.

4.2 Come ampiamente esposto, sia pure al fine dello scrutinio delle preliminari questioni introdotte, oggetto di controversia è, in sostanza, la prassi osservata da Adr di rinnovare in modo automatico, id est, in carenza di una previa procedura competitiva, i rapporti di sub concessione in essere di spazi aeroportuali finalizzati allo svolgimento di determinate attività commerciali, quale quella, per i fini di interesse, di avvolgimento bagagli, ancorché questi, in definitiva, costituiscano una fonte di entrata economica per il gestore aeroportuale, prassi cristallizzata in una nota emanata dalla stessa società Adr a seguito di precisa richiesta da parte della società ricorrente.

Il ricorso è fondato, nei termini di seguito riportati.

Ritiene il Collegio che la distinzione della qualificazione del rapporto oggetto di controversia, quale locazione ovvero quale subconcessione di un servizio pubblico non può condurre a risultati differenti quanto all'obbligo a carico del gestore aeroportuale, comunque, di indire una procedura competitiva, prodromica alla individuazione del contraente e, ovviamente, alla (successiva) stipulazione del contratto.

Deve essere, in proposito, ribadito (come già accennato al punto 2.5), che accedendosi ad una qualificazione del rapporto di tipo locativo (locazione attiva), l'obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica si evince chiaramente dal r.d. n. 2440 del 1923 (art. 3) e dal r.d. n. 827 del 1924 (in particolare dall'art. 37), sfuggiti alla successiva abrogazione sia espressa che tacita.

Del resto, come già sopra evidenziato, il gestore aeroportuale è il soggetto cui è assegnato il compito, senz'altro di natura pubblicistica, di amministrare e gestire le infrastrutture aeroportuali "secondo criteri di trasparenza e non discriminazione" (cfr. art. 705 cod. nav.), principi questi che devono, dunque, impegnare tutta l'attività di gestione,

ivi compresa quella finalizzata alla subconcessione/locazione in parola, poiché, in tal caso ciò che rileva non è la natura dell'attività ed il regime giuridico privatistico cui la stessa sarà assoggetta, ma la natura pubblica del sedime oggetto di concessione, la cui disposizione non può sfuggire, in un'ottica procompetitiva delle attività economiche che ivi possono essere esercitate, ai parametri della parità di condizione di tutti i possibili competitori.

Il Collegio ricorda come in ambiti analoghi, quali gli atti di assentimento del demanio marittimo destinato a finalità turistico-ricreative, adottati, dunque, al fine dello svolgimento di attività di natura imprenditoriale, non si dubita che gli stessi debbano essere assoggettati a procedure non discriminatorie e comunque in grado di garantire, a parità di condizioni, la libera concorrenza tra gli imprenditori.

Sul punto può giovare il richiamo alla procedura d'infrazione comunitaria n. 2008/4908, aperta nei confronti dello Stato italiano, per il mancato adeguamento all'articolo 12, comma 2, della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno), il quale vieta qualsiasi forma di automatismo che, alla scadenza del rapporto concessorio, possa favorire il precedente concessionario.

La Commissione europea aveva denunciato il contrasto dell'art. 37 cod. nav. con gli artt. 43 e 81 del Trattato CE (ora artt. 49 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea-TFUE) sul presupposto che, nell'attribuire preferenza al momento della scadenza della concessione al vecchio concessionario, lo stesso art. 37 costituiva un ostacolo all'accesso al mercato di nuovi operatori economici del settore.

A seguito di tale intervento, pertanto, il legislatore nazionale ha stabilito, all'articolo 1, comma 18, del citato decreto-legge n. 194 del 2009, le modalità di accesso alle suddette concessioni da parte degli operatori economici, disponendo, in particolare, la soppressione del secondo comma dell'articolo 37, cod. nav., nella parte in cui stabiliva la preferenza accordata al vecchio concessionario.

Sulla specifica questione si è pronunciato il giudice delle leggi che ha ritenuto l'illegittimità di alcune norme regionali finalizzate, attraverso la previsione di un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, al rinnovo automatico della stessa, in spregio dei principi di parità di trattamento tra gli operatori economici e di concorrenza (cfr. Corte cost. sentenza 18 luglio 2011, n. 213).

Anche precedentemente, sempre in tema di concessione, la Corte costituzionale ha affermato che anche la previsione di un rinnovo automatico della proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, in luogo di una procedura di rinnovo che «apra» il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari, violando il principio di parità di trattamento, che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, e favorendo i vecchi concessionari a scapito dei nuovi aspiranti (cfr. Corte cost. 26 novembre 2010, n. 340).

Ritiene il Collegio che a tali principi non può sfuggire il regime delle sub concessioni per cui è causa, posto che tali procedimenti, che Adr vorrebbe, in sostanza, sganciati da qualunque tipo di controllo esterno, sono idonei a fornire un'occasione di guadagno sia al gestore aeroportuale che a taluni soggetti operanti sul mercato, attraverso l'utilizzo di ambiti demaniali del tutto peculiari, quale il sedime aeroportuale civile, che è per definizione connesso alla necessità di assicurare una adeguata mobilità dei cittadini, e, dunque, in disparte la natura commerciale delle attività svolte, non possono sfuggire alla adozione di procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi comunitari sopra indicati.

Ferma rimanendo la perdurante vigenza delle regole di cui ai sopra richiamati r.d. n. 2440 del 1923 (art. 3) e r.d. n. 827 del 1924 (art. 37), ritiene il Collegio che anche in ambito aeroportuale devono trovare adeguato rispetto le regole di rango sovranazionale tese a garantire l'uniforme applicazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza, non potendo le norme vigenti che regolano il settore essere interpretate nel senso di

costituire il presupposto dell'impedimento all'accesso di altri potenziali operatori economici del mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori, pena l'illegittimità di tali norme per contrasto con i principi sopra indicati.

Peraltro, ritiene il Collegio che le norme di cui Adr afferma di dare applicazione, non escludono, in via di principio, che le sub concessioni di spazi aeroportuali siano svincolate dal rispetto della normativa comunitaria, limitandosi, piuttosto, ad affermare – giusta combinato disposto della legge n. 755/1973 e d.m. 1° luglio 1974 - che le attività commerciali da svolgere in determinati ambiti aeroportuali sono regolate dal diritto privato (cfr. punto 2.3).

Ne deriva che Adr, al fine di affidare spazi inseriti in ambito aeroportuale, e a prescindere dalla formale qualificazione del rapporto che poi ne discende, avrebbe dovuto esperire una procedura selettiva preordinata all'individuazione del privato cui affidare il sito che, si ribadisce, non perde la caratteristica genetica di carattere pubblico solo in ragione della attività che ivi viene svolta.

Diversamente opinando si consentirebbe l'instaurazione di vere e proprie riserve monopolistiche nell'ambito aeroportuale, su cui la legislazione comunitaria è già intervenuta, espressamente, con l'introduzione dei principi di liberalizzazione delle attività c. d. "aviation" (direttiva e l. 18/1999 sopra richiamate) e che, a maggior ragione, non possono essere consentite in settori commerciali che sfuggono alla regolamentazione pubblicistica di cui sopra.

Per tutte le suesposte ragioni è illegittima la nota impugnata, e la stessa deve essere, pertanto, annullata.

4.2 Deve ora essere esaminata la pure introdotta domanda concernente la declaratoria di inefficacia della convenzione stipulata con la società controinteressata a seguito del rinnovo automatico della sub concessione di area aeroportuale.

Sul punto occorre considerare che nessun automatismo può rinvenirsi ad opera del disposto annullamento, dovendosi, in via preliminare, accertare se il giudice amministrativo sia competente a decidere anche su questo capo di domanda.

Ritiene il Collegio che il quesito debba ricevere risposta negativa.

Come osservato dal giudice di appello con l'Adunanza Plenaria n. 10 del 3 giugno 2011, al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al g.a. la giurisdizione sulla "sorte del contratto" che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (v. art. 133, comma 1, lett. e) n. 1, c.p.a., in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, e forniture), secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al g.a. conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al g.o. dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto. Tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l'interesse a impugnare davanti al g.a. gli atti amministrativi prodromici della stipula di un contratto, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio a valle, con la conseguente possibilità di: azionare rimedi risarcitori; impugnare il negozio davanti al g.o.; chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il g.a. che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto.

Sulla scorta di tali coordinate generali, da cui non vi è ragione per discostarsi con riferimento alla controversia in esame, stante la già acclarata inapplicabilità del regime giuridico e processuale previsto per contratti pubblici, sfugge alla competenza dell'adito giudice la competenza a pronunciarsi sulla sorte della convenzione stipulata tra Adr e la società controinteressata, pure in assenza di previa procedura competitiva, che è invece riservata, secondo l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, al giudice ordinario, presso cui la controversia può, per questa parte, proseguire, con le modalità e i termini di cui all'art. 11, c.p.a..

4.3 Deve essere scrutinata, infine, la connessa istanza risarcitoria, introdotta dalla società ricorrente in relazione ai danni subiti e subendi ad opera delle denunciate illegittimità.

Come noto, ai sensi del disposto dell'art. 2697 c.c., la parte che chiede il risarcimento dei danni asseritamente provocati dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo, è tenuta a fornire in modo rigoroso la prova degli elementi costitutivi del danno, tra cui la prova del nesso eziologico, l'entità del danno oltre che della c.d. spettanza del bene della vita, vale a dire, nella fattispecie, della certezza dell'assegnazione del sito aeroportuale in assenza dell'attività illegittima del gestore aeroportuale, ovvero, quantomeno, della ragionevole probabilità di conseguirla secondo un criterio di normalità, sotto il profilo del cd. danno da perdita di chance.

Tanto premesso, deve rilevare il Collegio che l'istanza di cui si tratta è stata genericamente introdotta con il ricorso, con riserva di una puntuale quantificazione in corso di causa, che, però, non è più intervenuta.

Pertanto, attesa la genericità della richiesta risarcitoria, di cui non è stata nemmeno qualificata la natura, la stessa deve essere respinta.

5. In definitiva, respinte le eccezioni pregiudiziali, e previa estromissione dal giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Enac, il ricorso deve essere ritenuto ammissibile; in ordine alle diverse domande avanzate dalla parte ricorrente, a) va accolta la richiesta di annullamento della nota in data 24 ottobre 2011; b) deve essere respinta l'istanza risarcitoria; c) deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione in ordine alla richiesta di inefficacia del contratto stipulato tra Adr e la società controinteressata, su cui è, invece, competente il giudice ordinario, giusta quanto in dispositivo.

La complessità e novità delle questioni giuridiche sottoposte induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

-dispone l'estromissione dal giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Enac – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile;

-in parte lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnata nota in data 24 ottobre 2011;

-in parte, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito e dichiara la giurisdizione della giudice ordinario a decidere sulla declaratoria di inefficacia del rinnovo della convenzione stipulata tra la società Aeroporti di Roma - Adr Spa e la società controinteressata Truestar Group Spa, davanti alla quale il processo può essere proseguito con le modalità e i termini di cui all'art. 11 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (recante il codice del processo amministrativo);

-respinge l'istanza di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dei giorni 11 ottobre 2012 e 14 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Giampiero Lo Presti, Consigliere

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2013

IL SEGRETARIO

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