



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.,
sul ricorso numero di registro generale 10633 del 2014, proposto dalla Truestar Group s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Izzo, Diego Vaiano, Maria Rita Surano e Sara Valaguzza, con domicilio eletto presso lo Studio Vaiano Izzo in Roma, lungotevere Marzio 3;

contro

Aeroporti di Roma s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

nei confronti di

Safe Bag s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Elvira Poscio, Enrico Ginevra e Massimo Letizia, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Monte Santo 68;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III TER, n. 11405/2014, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in subconcessione di

due aree dell'aeroporto di Fiumicino per lo svolgimento di attività di avvolgimento bagagli

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma s.p.a. e Safe Bag s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 il Consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Izzo, Fabio Cintioli, Elvira Poscio e Massimo Letizia;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La TrueStar group s.p.a. veniva invitata dalla Aeroporti di Roma s.p.a., concessionaria dell'aeroporto di Roma – Fiumicino, a partecipare alla procedura selettiva per l'affidamento in subconcessione fino al 31.5.2017 di due spazi da destinare all'attività di avvolgimento bagagli nei terminal 1 e 3 (lettera d'invito del 19 dicembre 2013).

Per la selezione dell'offerta migliore la concessionaria aeroportuale aveva previsto il criterio del massimo rialzo del canone da corrispondere per l'utilizzo degli spazi, in proporzione al volume d'affari stimato (*royalty*), con un minimo annuo garantito, sulla base d'asta fissata rispettivamente nel 32% e in € 50.000 annui. Su questa base, la TrueStar group offriva il rialzo massimo: 66% di *royalty*, con un minimo di € 630.000, contro il 33% ed € 51.000 rispettivamente offerti dall'unica altra impresa invitata, Safe Bag s.p.a.; seguiva la richiesta di giustificare l'offerta perché «*anormalmente elevata, anche in relazione all'unica altra offerta presentata*» (nota del 17

aprile 2014) ed infine l'esclusione per stime di avvolgimento dei bagagli ritenute *«eccessivamente elevate»* (provvedimento finale dell'11 giugno successivo).

2. La TrueStar group proponeva quindi ricorso al TAR Lazio - sede di Roma, il quale con la sentenza in epigrafe:

I) respingeva l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla stessa ricorrente in memoria conclusionale, ritenendo la controversia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle concessioni di beni pubblici ex art. 133, comma 1, lett. b), cod. proc. amm., in ragione della *«natura demaniale del sedime ove l'attività è svolta»*;

II) respingeva nel merito tutte le censure del ricorso, osservando a questo riguardo che:

II.1) pur trattandosi di contratto attivo, la verifica di anomalia prevista nella lettera di invito e svolta dalla concessionaria aeroportuale trova il proprio fondamento giustificativo nel fatto che il canone da questa corrisposto dalla sub-concessionaria è destinato alla riduzione dei diritti aeroportuali gravanti sulle compagnie aeree, in virtù della concessione stipulata da Aeroporti di Roma con l'ENAC, per cui *«pur non influenzando sull'assetto economico dei rapporti con l'autorità concedente, i flussi rivenienti dalle subconcessioni integrano comunque una partita economica ascrivibile alla peculiare posizione di mercato del gestore aeroportuale, con la conseguenza che stavolta, per la particolare configurazione del mercato stesso, assume effettivamente portata centrale l'esigenza di evitare la produzione di effetti anticoncorrenziali»*;

II.2) nel verificare la sostenibilità dell'offerta, la sub-concedente aveva assicurato alla ricorrente *«adeguate garanzie di contraddittorio»*;

III.3) la determinazione di esclusione è supportata da adeguata e logica motivazione circa l'insostenibilità del canone offerto, in ragione dei flussi di passeggeri stimati e del posizionamento delle aree da assegnare per lo svolgimento dell'attività di avvolgimento bagagli.

3. La TrueStar group ha quindi proposto appello, nel quale contesta tutte le statuizioni rese dal giudice di primo grado, ed al quale resistono la Aeroporti di Roma e la Safe Bag.

DIRITTO

1. Preliminarmente va dato atto che nel primo motivo la TrueStar Group contesta la giurisdizione amministrativa pur da essa adita.

2. Al riguardo, secondo il prevalente orientamento di questo Consiglio di Stato un simile contegno integra una violazione del divieto di abuso del processo, sanzionato con l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione (Sez. V, novembre 2013 n. 5421, 16 aprile 2013, n. 2111, 7 febbraio 2012 n. 656; Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585, 20 settembre 2012, n. 4987, 9 luglio 2012, n. 4010).

3. Le Sezioni unite della Cassazione affermano invece principi parzialmente diversi. Infatti, pur avendo ripetutamente statuito che lo strumento tipico per risolvere la questione di giurisdizione prima che sia definito anche solo in parte il merito della controversia è il regolamento preventivo di giurisdizione, rispetto alla cui proposizione è pertanto legittimata anche la parte attrice o ricorrente (sentenza 23 aprile 2001, n. 174, ordinanze 25 luglio 2002, n. 10995, 6 luglio 2004, n. 12412, 14 gennaio 2005, n. 603, 21 settembre 2006, n. 20504, 27 gennaio 2011, n. 1876, 12 luglio 2011, n. 15237, 24 aprile 2014, n. 9251), nondimeno, in una recente pronuncia le stesse Sezioni unite hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che abbia contestato la giurisdizione amministrativa da lui stesso adita, mediante motivo d'appello ai sensi dell'art. 9 del codice del processo di cui al d.lgs. n. 104/2010, in una controversia in cui il dubbio obiettivamente si poneva ed in relazione alla quale scaturiva quindi una «*necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione*» (sentenza 19 giugno 2014, n. 13940).

4. Ciò precisato, nel caso di specie può ritenersi che il dubbio ragionevole da parte della TrueStar effettivamente vi sia, tenuto conto che sul contratto in

contestazione vi è stata la pronuncia affermativa della giurisdizione della VI Sezione, nella sentenza 22 aprile 2014, n. 2026, in esecuzione della quale Aeroporti di Roma ha indetto la procedura i cui atti sono qui impugnati.

5. Passando dunque esaminare il merito del primo motivo, in linea con la giurisprudenza cautelare di questa Sezione (ordinanze nn. 762, 764 e 765 del 19 febbraio 2014) lo stesso deve essere accolto, dovendosi pertanto dichiarare ex art. 11 cod. proc. amm. il giudice ordinario quale giudice munito di giurisdizione nella presente controversia, e davanti al quale potrà dunque essere effettuata la riproposizione della domanda ai sensi della citata disposizione del codice del processo.

6. Decisiva è la circostanza evidenziata dall'appellante, oltre che dallo stesso TAR, e cioè che l'attività di avvolgimento dei bagagli non attiene ad alcuno dei servizi di «*assistenza a terra*» elencati nell'allegato A al d.lgs. n. 18/1999 («Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità»).

Il punto 3 del citato elenco prevede infatti che l'assistenza bagagli, devoluta alla cura del gestore aeroportuale ed assoggettata alla normativa in questione, «*comprende 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*».

Si pone dunque al di fuori di tale previsione l'attività di avvolgimento dei bagagli, la quale si sostanzia in un servizio di natura squisitamente commerciale, che non necessariamente deve essere offerto negli aeroporti, e che si pone certamente in una fase precedente rispetto allo smistamento del bagaglio contemplato dalla norma in esame che fa seguito al *check-in*.

7. Non sono al riguardo condivisibili le opposte conclusioni cui è invece giunta la VI Sezione nella citata sentenza 22 aprile 2014, n. 2026 (sentenza impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione dell'odierna appellante e sospesa dalla VI Sezione, come dedotto e documentato in camera di consiglio).

Non può in particolare convenirsi con la tesi secondo cui la sub-concessione del sedime aeroportuale per consentire lo svolgimento dell'attività di avvolgimento bagagli rientrerebbe comunque nell'ampia nozione di «*sfruttamento*» degli aeroporti prevista dall'art. 213 cod. contratti pubblici, da cui conseguirebbe l'assoggettamento del contratto in questione alle norme di evidenza pubblica relative ai contratti nei settori speciali di cui alla parte III del medesimo codice.

La nozione di sfruttamento deve infatti essere interpretata in senso restrittivo, come statuito dall'Adunanza plenaria nella sentenza 1 agosto 2011, n. 16, avuto riguardo al fatto che l'art. 217 esclude dai settori speciali i contratti affidati dagli enti in essi operanti ma «*per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività*».

8. Questo è il caso dell'attività di avvolgimento dei bagagli, perché, come sopra accennato, la stessa non è necessaria allo smistamento degli stessi in vista del successivo stivaggio negli aeromobili ai sensi del punto 3 del citato allegato A al d.lgs. n. 18/1999. Solo questa parte rientra negli obblighi di servizio pubblico demandati al gestore aeroportuale ai sensi della normativa di settore, e dunque solo i servizi che siano oggettivamente finalizzati a questa attività del gestore aeroportuale possono essere qualificati come contratti nei settori speciali di cui alla parte III del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. il § 24 della parte in diritto della citata sentenza dell'Adunanza plenaria 1 agosto 2011, n. 16).

Tanto meno una simile estensione può essere consentita in virtù della direttiva 2009/12/CE, concernente i diritti aeroportuali, come ulteriormente ritenuto dalla VI Sezione.

Questi diritti costituiscono le entrate spettanti ai gestori aeroportuali *«per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi che sono forniti esclusivamente dal gestore aeroportuale e che sono connessi all'atterraggio, al decollo, all'illuminazione e al parcheggio degli aeromobili e alle operazioni relative ai passeggeri e alle merci»* [art. 3, n. 4)], restando quindi esclusi da essi i proventi di carattere commerciale.

9. Pertanto, come ulteriormente osserva l'appellante, al contratto in contestazione è applicabile l'ultimo comma dell'art. 4 della l. n. 755/1973 (*“Gestione unitaria del sistema aeroportuale della capitale e costruzione di una nuova aerostazione nell'aeroporto intercontinentale “Leonardo da Vinci” di Roma-Fiumicino”*), secondo cui la società concessionaria *«può anche provvedere a servizi particolari mediante appalti o subconcessioni parziali regolate dal diritto privato, ferma restando la propria responsabilità»*.

10. Non sono possono essere tuttavia condivise nemmeno le conclusioni del TAR, che, pur dissentendo dal precedente della VI Sezione sopra esaminato, ha ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di concessioni di beni pubblici.

Infatti, per costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, in materia di concessioni di beni pubblici la giurisdizione appartiene al giudice ordinario per le controversie relative a rapporti tra il concessionario e terzi ai quali l'amministrazione concedente resti totalmente estranea (Cass., Sez. un., ord. 19 dicembre 2009, n. 26823, relativa ad una concessione di spazi aeroportuali per l'esercizio di attività di ristorazione; 21 ottobre 2005, n. 20339, concernente una sub-concessione di un box e di posti auto ubicati all'interno di un aeroporto ed il risarcimento dei danni per il periodo di illegittima occupazione; Cass., sez. un., 25 giugno 2002, n. 9233, anch'essa resa su un rapporto di sub-concessione di spazi di un aeroporto per l'esercizio di attività di bar ristorante).

11. In conclusione, in accoglimento del primo motivo d'appello, ed assorbiti i restanti, il ricorso di primo grado della TrueStar Group deve essere dichiarato inammissibile, essendo la relativa controversia devoluta al giudice ordinario.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti, in ragione della complessità delle questioni controverse e dell'esistenza di contrasti giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile il ricorso della TrueStar group s.p.a., indicando ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm. il giudice ordinario quale giudice munito di giurisdizione sulla presente controversia.

Compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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