

ANCE

e

Alitalia S.p.A.

AG 36/2010

27 gennaio 2011

Oggetto: affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Centro Direzionale Alitalia - richiesta di parere ANCE

In esito a quanto richiesto dall'ANCE con nota n. 50999 del 4 agosto 2010, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26-27 gennaio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Occorre, preliminarmente, rilevare che la disciplina dei settori esclusi - contenuta nella Parte III del Codice - trova applicazione, a norma dell'art. 207 (e nei limiti espressamente previsti) "... a soggetti: a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice;b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente. Sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare". Dalla lettera della norma emerge, dunque, che - con riferimento all'ambito soggettivo di applicabilità - le disposizioni del Codice in materia di settori speciali sono indirizzate non solo agli Stati membri ma anche ai soggetti privati che, in forza di diritti speciali o esclusivi, svolgono una o più delle attività rientranti nell'ambito oggettivo dei settori speciali. Laddove diritti speciali o esclusivi sono, ai sensi dell'art. 207, comma 2, quei diritti "costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività".

Occorre, tuttavia, precisare che dette norme non trovano applicazione per qualsiasi appalto indetto da un soggetto operante in uno dei settori in parola, ma solo per gli appalti destinati all'esercizio di una delle specifiche attività contemplate negli articoli 208/213 del Codice.

L'applicazione della disciplina in esame richiede, infatti, la contemporanea presenza del requisito soggettivo degli enti che operano in detti settori e di quello oggettivo, ossia della riferibilità dell'oggetto dell'appalto al settore speciale di attività (TAR Parma n. 315/2007). Ne consegue che per gli appalti banditi da detti enti ma aventi ad oggetto materie non strettamente inerenti al servizio svolto, troverà applicazione la disciplina ordinaria, contemplata nella direttiva 2004/18/CE e nelle relative disposizioni di recepimento, esclusivamente nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia ad essa sottoposto; mentre nel caso in cui l'appalto non sia riferibile alle attività indicate negli articoli da 208 a 213 e, contestualmente, l'ente aggiudicatore non sia sottoposto alla direttiva 2004/18, tale appalto resterà estraneo alla disciplina ordinaria in materia di contratti pubblici. Con l'ulteriore precisazione che a norma dell'art. 206, comma 3, del Codice, gli enti aggiudicatori, in via di autolimitazione, "possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta". Alla luce di quanto sopra, dunque, al fine di stabilire se una procedura di gara sia o meno riconducibile alla disciplina dettata per i settori speciali, occorre verificare se sussiste un rapporto funzionale tra l'oggetto dell'appalto e l'esercizio delle attività istituzionali del soggetto aggiudicatore, fermo restando che la disciplina in esame ha carattere di specificità ed eccezionalità rispetto a quella generale e, dunque, è di stretta interpretazione (TAR Parma n. 315/2007).

A tali generali considerazioni occorre aggiungere, con riferimento al caso di specie, che anche le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica ai fini della messa a disposizione di aeroporti, rientrano nell'ambito oggettivo di applicabilità della Parte III del Codice. E' quanto statuito dall'art. 213 ai sensi del quale "Le norme della presente parte [III] si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali".

E con riferimento a tale norma l'orientamento dottrinario sostiene che l'oggetto della "messa a disposizione" è la struttura aeroportuale, ossia qualsiasi terreno adibito all'atterraggio, decollo e manovre di aeromobili, gli impianti annessi correlati alle esigenze del traffico e per il servizio degli aeromobili ed infine, gli impianti necessari per fornire assistenza ai servizi aerei commerciali.

Sulla base di tali presupposti la giurisprudenza ha ritenuto quali opere "strumentali" ad una infrastruttura aeroportuale, dunque soggette alla disciplina in esame, la realizzazione di un parcheggio multipiano nell'ambito di una struttura aeroportuale (Cons. di Stato n. 2/2005) e di una piattaforma logistica aeroportuale, in quanto riguardante la progettazione e costruzione di

infrastrutture aeroportuali (TAR Bari n. 1604/2008). Al contrario, il nesso di strumentalità è stato escluso con riferimento ad un appalto indetto da un gestore aeroportuale per l'affidamento di servizi di ristorazione a mezzo di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande (si trattava in particolare della gestione del Bar dell'Area arrivi, dei distributori automatici dell'Area Ritiro bagagli e del Chiosco dell'Area Registrazioni) (TAR Lombardia n. 266/2007), alle prestazioni riguardanti la sicurezza e la vigilanza armata della sede di un ente aggiudicatore (TAR Puglia n. 2257/2008) ed a quelle relative ai servizi di pulizia della stessa sede (TAR Lazio n. 951/2008).

Le considerazioni che precedono consentono di confermare l'avviso del giudice amministrativo (ordinanza TAR Lazio n. 3155/2010) secondo il quale l'edificio che Alitalia CAI spa intende realizzare per una migliore dislocazione degli uffici e del personale "non ha alcuna connessione con la gestione del servizio aeroportuale, né lo stesso è destinato all'uso da parte dei vettori aerei, come richiesto dall'art. 213 del codice dei contratti". Si tratta, in effetti, di un intervento destinato ad uso esclusivo della società e non allo svolgimento di servizi funzionali alla struttura aeroportuale, nel senso esplicito da dottrina e giurisprudenza, dunque, dal punto di vista oggettivo, estraneo alla disciplina di cui all'art. 213 del Codice.

Resta da verificare se l'appalto de quo debba essere affidato ai sensi dell'ordinaria disciplina in materia di contratti pubblici, nel senso sopra indicato.

Come anticipato, infatti, la disciplina sui settori speciali trova applicazione anche nei confronti di soggetti che sono amministrazioni aggiudicatrici, in quanto operanti nei settori indicati dagli articoli da 208 a 213 del Codice. Dette amministrazioni, contrariamente alle imprese pubbliche ed ai soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi, applicano la parte generale del Codice per gli appalti non rientranti nelle attività di cui ai citati articoli 208/213.

Giova evidenziare che per amministrazioni aggiudicatrici si intendono le amministrazioni dello Stato secondo la definizione di cui all'art. 3, comma 25, ivi inclusi gli organismi di diritto pubblico. Questi ultimi, ai sensi dell'art. 3, comma 26, sono enti in forma societaria istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotati di personalità giuridica e finanziati 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 (comma 26). Elementi che devono sussistere contemporaneamente.

In relazione all'inclusione in tale categoria, degli enti operanti nel settore aeroportuale, si registra un orientamento non univoco della giurisprudenza, tenuto anche conto delle peculiarità e delle modalità operative delle singole società. Pertanto, il giudice amministrativo ha ritenuto annoverabile nella categoria degli organismi di diritto pubblico una società deputata alla gestione di aeroporti (Aeroporto D'Annunzio di Brescia Montichiari spa) affermando che l'attività svolta è di carattere generale (in quanto dell'infrastruttura beneficia una pluralità di soggetti) e che il carattere non industriale o commerciale non è escluso dal metodo imprenditoriale utilizzato nella gestione né dalla presenza di altri soggetti operanti nel mercato di riferimento (TAR Brescia n. 254/2004; in termini TAR Veneto n. 3014/2003, con riferimento a società a prevalente capitale pubblico). Per converso, è stata negata tale qualifica alla società che gestisce gli aeroporti di Milano (SEA spa), sulla base del suo intrinseco carattere imprenditoriale e del connesso scopo di lucro perseguito (TAR Milano, n. 266/2007).

Alla luce di quanto sopra, e con riferimento al caso di specie, Alitalia CAI spa e la concessionaria ADR spa non sembrano possedere i caratteri tipici dell'organismo di diritto pubblico, essendo più correttamente riconducibili nell'alveo dei soggetti privati operanti nel settore aeroportuale in virtù di diritti speciali o esclusivi.

Infatti, la società ADR è la società concessionaria della gestione totale degli aeroporti di Roma-Fiumicino e Roma-Ciampino, che costituiscono il sistema aeroportuale della capitale; tale società beneficia di una concessione ai sensi dell'art. 3, comma 2, L.n. 755/1973 sulla base della quale è stata stipulata con il Ministero dei Trasporti la convenzione n. 2820/1974, approvata con DM 1 luglio 1974. La concessione che scadeva nel 2009, è stata prorogata - con L.n. 351/1995, di altri 35 anni (cfr. provvedimenti Antitrust n. 19020/2008, n. 16838/2007 e n. 7668/1999).

Attualmente, a seguito del processo di privatizzazione iniziato nel 1999, che ha posto fine al controllo di ADR da parte di IRI spa, il capitale sociale è detenuto da diverse società (Leonardo Holding spa, Aereoporto di Genova spa, Alinsurance srl, Leonardo Energia scarl, ADR sviluppo srl, ADR tel spa, ADR Advertising spa, La Piazza di Spagna srl, ADR Assitnace srl) [come da visura camerale del 07/12/2010]. La società ha come oggetto sociale principale la costruzione e l'esercizio di aeroporti, nonché l'esercizio di qualsiasi attività connessa o complementare al traffico aereo di qualunque tipo o specialità. Lo statuto non contempla forme di controllo pubblico nell'ambito della gestione societaria (è prevista la nomina di un solo membro del Cda da parte, congiuntamente, dei Comuni di Roma e di Fiumicino, nonché della Provincia di Roma e della Regione Lazio). La società svolge oltre all'attività di gestione dell'infrastruttura aeroportuale ed ai servizi di handling (servizi di assistenza a terra) anche attività commerciali all'interno del sedime aeroportuale (gestione di negozi di vendita di prodotti al pubblico - come tabacchi, liquori, profumi, cosmetici, abbigliamento, pelletteria, prodotti alimentari ed altri articoli - di parcheggi, nonché la vendita di spazi

pubblicitari. Cfr Provvedimento Antitrust n. 8468/2000).

Le caratteristiche brevemente delineate sembrano escludere per la società le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico, secondo i canoni indicati dal legislatore, trattandosi di società con capitale privato, la quale pur svolgendo attività di interesse generale (gestione infrastrutture aeroportuali), svolge al tempo stesso attività di natura commerciale e non è soggetta a forme di controllo pubblico nel senso indicato dal legislatore. La stessa società è titolare di una concessione ex lege e dunque, sembra annoverabile tra i soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi.

Analogamente Alitalia CAI SPA, avente come oggetto sociale principale, l'esercizio di linee e collegamenti aerei per il trasporto di persone e cose in Italia, tra Italia e Paesi esteri e tra Paesi esteri, è partecipata da numerose società (Air France - KLM spa, Acqua Marcia finanziaria spa, Atlantia spa, Equinocse sarl, Equinox Two sca, Finanziaria di partecipazioni e investimenti spa, Fingen spa, Fire spa, Fondiaria Sai spa, Fingen spa, Fire spa, Vitrociset ed altre) [come da visura camerale del 06/12/2010]. La società di qua è titolare di sub-concessione del 15 luglio 2009, da parte di ADR spa, del complesso dei beni demaniali insistenti nell'area denominata "Zona Tecnica Alitalia" (cfr. ordinanza TAR Lazio 3155/2010 citata). Anche per tale società non sembrano sussistere i caratteri tipici dell'organismo di diritto pubblico ma la medesima sembra annoverabile tra le società operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi (la sub-concessione).

Le considerazioni che precedono consentono di ritenere l'appalto in esame non soggetto all'applicazione dell'art. 213 del Codice (come sopra esplicitato) ma anche alla disciplina ordinaria, in quanto indetto da una società non tenuta all'applicazione della direttiva 2004/18/CE e relativa disciplina di recepimento per gli appalti non funzionali all'attività svolta.

Avv. Giuseppe Busia