

## **All' Aeroporto VALERIO CATULLO VERONA VILAFRANCA S.P.A.**

**AG 3/13**

20/02/2013

**Oggetto** : richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - società Aeroporto di Verona Valerio Catullo s.p.a. - qualificazione giuridica della società ai fini dell'applicazione del decreto legislativo n. 163/2006.

In relazione all'istanza di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 20 febbraio 2013, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con nota acquisita al protocollo n. 0111485, in data 20/11/2012, la società Aeroporto di Verona Valerio Catullo s.p.a. (d'ora innanzi anche l'istante) ha sottoposto a questa Autorità una richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici, chiedendo di conoscere l'orientamento dell'Autorità in merito alla natura giuridica della Società istante, a prevalente capitale pubblico, ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti. In particolare, l'istante chiede di chiarire se essa sia annoverabile tra le cd. imprese pubbliche ex art. 3, comma 28, del Codice o tra i cd. organismi di diritto pubblico ex art. 3, comma 28, del medesimo Codice. Il dubbio verte essenzialmente sul particolare requisito dell'organismo di diritto pubblico di soddisfare "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale", a fronte di una giurisprudenza oscillante e nella inevitabile necessità di esaminare caso per caso.

Sono stati all'uopo allegati lo Statuto societario, lo schema delle partecipazioni nella società e la sentenza del TAR Veneto, sez. I, n. 12031/2009 in cui si è affermata la natura di impresa pubblica dell'istante.

Ritenuta la questione rilevante dal punto di vista giuridico ed economico, è stato avviato il procedimento ex art. 4 del Regolamento sull'istruttoria dei quesiti giuridici, dandone contestuale notizia all'istante, con nota prot. n. 0005019, del 15 gennaio 2013.

Occorre, preliminarmente, rilevare che l'istante società di gestione aeroportuale è tenuta, ai sensi dell'art. 207 del Codice, all'applicazione della Parte III del Codice dei contratti in relazione ad appalti di lavori, servizi e forniture destinati all'esercizio di una delle specifiche attività individuate negli articoli da 208 a 213 del Codice stesso. Per quanto di interesse in questa sede, il citato art. 213 dispone che "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."

Ed infatti, l'applicabilità della Parte III del Codice richiede la contemporanea presenza dell'elemento soggettivo, concernente i soggetti - definiti enti aggiudicatori - che operano nei cd. settori speciali, e di quello oggettivo, inteso come riferibilità della concreta attività, oggetto dell'appalto, al settore speciale di attività.

Si deve, altresì, precisare che gli enti aggiudicatori, ai fini dell'applicazione delle disposizioni della Parte III del Codice, comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, nel cui novero rientrano anche gli organismi di diritto pubblico, le imprese pubbliche e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.

A seconda che un soggetto sia da qualificarsi come organismo di diritto pubblico ovvero come impresa pubblica, discendono differenti conseguenze sotto il profilo dell'applicazione della Parte III del Codice dei contratti, tenuto conto che l'impresa pubblica, negli appalti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 215, applica la disciplina stabilita nel proprio regolamento, che, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza.

Prima di addentrarsi nella disamina dello Statuto e delle attività svolte dalla società istante, il cui esame è necessario, secondo quanto rilevato dal giudice comunitario con approccio sostanzialistico, ai fini della individuazione della qualificazione giuridica di un soggetto, onde valutare le condizioni e i presupposti di diritto e di fatto in cui lo stesso espleta la propria attività, giova richiamare le definizioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica dettate dal Codice, rispettivamente ai commi 26 e 28, dell'art. 3. Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale,

avente carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, c) 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 di 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. Detti requisiti sono cumulativi nel senso che devono sussistere tutti e tre contemporaneamente.

L'impresa pubblica è una impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Da quanto sopra emerge che l'elemento dell'influenza dominante si atteggia diversamente nell'uno e nell'altro caso: nell'organismo di diritto pubblico è un elemento cardine di identificazione del soggetto, nell'impresa pubblica l'influenza dominante dipende dalla composizione maggioritaria o minoritaria della compagine societaria, secondo quanto disposto dall'art. 2359 c.c.

Per ammettere o per escludere la società istante nel novero degli organismi di diritto pubblico, occorre esaminare se, nei suoi confronti, ricorrono contemporaneamente i tre requisiti sopra individuati e, segnatamente, il requisito della costituzione dell'ente societario per soddisfare un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Infatti, non sussistono dubbi sulla ricorrenza degli altri due requisiti, ovvero sia sul possesso della personalità giuridica e sull'assoggettamento della gestione della società al controllo dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico. In relazione a quest'ultimo requisito, la maggioranza pubblica del possesso del pacchetto azionario (la platea dei soci è in misura maggioritaria costituita da enti locali ricadenti sul territorio nonché dalle Camere di commercio di Verona, di Mantova, di Trento, di Vicenza) comporta, giusto quanto previsto dall'art. 2359 c.c., il controllo della gestione della società in mano pubblica.

Inoltre, a norma dell'art. 14 dello Statuto, il Consiglio di Amministrazione è composto da cinque a sette membri ed il numero massimo dei membri del Consiglio di

Amministrazione designati dai soci enti pubblici locali non può essere superiore a cinque: secondo quanto rappresentato dall'istante, la maggioranza dei componenti il Consiglio di Amministrazione è designata dai soci enti pubblici.

Più complesso, in relazione alla società istante, sembra apparire l'esame del requisito della costituzione dell'ente societario per soddisfare un interesse generale a carattere non industriale o commerciale. Occorre da subito evidenziare, in riferimento agli enti operanti nel settore aeroportuale, che la giurisprudenza, in relazione a detto requisito, la cui compresenza con gli altri due requisiti sopra individuati è necessaria per la qualificazione di organismo di diritto pubblico, presenta un orientamento non univoco, tenuto anche conto delle peculiarità e delle modalità operative delle singole società.

Come rilevato dall'Autorità nel parere sulla normativa del 27 gennaio 2011 (AG 36/2010) "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)." Si richiama, altresì, la pronuncia del TAR Veneto, sez. I, n. 12031/2009, che ha ritenuto la società istante, soggetto titolare di concessione di esercizio delle attività aeroportuali, rientrante nell'ambito applicativo del d. Lgs. n. 158/95 e successivamente della direttiva 2004/17/CE, nonché impresa pubblica, essendo soggetti pubblici i detentori della maggioranza del capitale.

Il diritto comunitario, al quale è ascritta l'individuazione della nozione di organismo di diritto pubblico, non indica i parametri per stabilire quando una specifica esigenza di carattere generale (che soddisfa una collettività di individui) abbia carattere non industriale o commerciale.

La Corte di giustizia ha tuttavia, al riguardo, fornito alcuni criteri interpretativi. Innanzi tutto occorre sempre valutare caso per caso, esaminando, in primo luogo, se l'attività al

cui perseguimento l'ente è preposto sia volta al soddisfacimento di un interesse di carattere generale e quando abbia un impatto sulla collettività. Successivamente occorre verificare la natura non industriale o commerciale della finalità d'interesse generale perseguita.

È stato così precisato che la circostanza che l'organismo agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi bisogni sono, di regola, soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato; che le condizioni nelle quali l'organismo esercita la sua attività, quali l'assenza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro o la mancanza di assunzione dei rischi collegati all'attività svolta consentono di qualificare l'interesse generale a carattere non industriale o commerciale (cfr. ex multis C. giust. CE 10.11.1998, causa C-360/96, BFI Holding, punti 36 e 49; C. giust. CE 10.5.2001, causa procedimenti riuniti C-223/99 e C-260/99, Ente Autonomo Fiera internazionale di Milano, punti 40 e 42).

Nel caso in esame, la società istante, ai sensi degli articoli 1 e 3 dello Statuto, "svolge attività di pubblico interesse" ed "ha per oggetto lo sviluppo, la progettazione, realizzazione, adeguamento, gestione, manutenzione ed uso degli impianti e delle infrastrutture per l'esercizio dell'attività aeroportuale"

Con decreto interministeriale n. 133/T del 2 maggio 2008, del Ministro dei trasporti, del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro della difesa, è stato affidato in concessione alla Società Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a la gestione totale dell'intero sistema dell'aeroporto di Verona Villafranca, ai sensi dell'art. 7 del D.M. n. 521/1997, "Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, con cui è stata disposta la costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato".

Appare pertinente alla questione in esame evidenziare che la legge finanziaria per l'anno 1994 (Legge 24 dicembre 1993, n. 537) ha introdotto la riforma delle gestioni aeroportuali, tramite apposite società di capitali, ed ha definito i principi per l'attuazione di un modello di gestione degli aeroporti nazionali cd. "a gestione totale", improntato a forme di controllo dell'efficienza e dell'economicità che vede il concessionario svolgere l'attività di impresa considerando l'aeroporto come punto di raccordo ove si svolgono molteplici attività (cd. attività aviation e attività non aviation) di rilevante potenziale economico.

Come evidenziato nella Comunicazione della Commissione europea "Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali" (2005/C 312/01, punti 7) e 8), l'industria aeroportuale comunitaria è stata protagonista di una profonda ristrutturazione, sfociata in una maggiore diversificazione e complessità delle funzioni assolve dagli aeroporti al giorno d'oggi, trasformati in soggetti capaci di prestazioni commerciali di alto livello.

La Comunicazione (punto 31) richiama la causa "Aeroporti di Parigi" (sentenza C. giust. CE 24 ottobre 2002 causa C-82/01), ove la Corte di giustizia ha ritenuto che "le attività di gestione e di esercizio di aeroporti, che comprende la fornitura di servizi aeroportuali alle compagnie aeree e ai vari prestatori di servizi in un aeroporto, costituiscono attività di natura economica poiché, da un lato «consistono nel mettere a disposizione delle compagnie aeree e dei vari prestatori di servizi installazioni aeroportuali mediante pagamento di un corrispettivo il cui ammontare è fissato liberamente dal gestore stesso, dall'altro non costituiscono esercizio di un pubblico potere, anzi sono dissociabili dalle attività che rientrano nell'esercizio di tali poteri». Pertanto, il gestore di un aeroporto esercita, in linea di massima, un'attività economica ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato, alla quale si applicano le norme comunitarie sugli aiuti di Stato" e, inoltre, che solo in casi eccezionali è possibile considerare la gestione di un aeroporto nel suo insieme come un servizio di interesse economico generale, non estendendosi tale profilo alle attività non direttamente connesse alle attività di base. Le attività commerciali non direttamente connesse alle attività di base dell'aeroporto comprendono, tra l'altro, la costruzione, il finanziamento, l'utilizzazione e la locazione di spazi e beni immobili, non soltanto per uso ufficio e magazzino, ma anche per gli alberghi, le imprese industriali nell'area aeroportuale, i negozi, i ristoranti e i parcheggi.

Alla luce di quanto sopra considerato, si può ritenere che la società in esame svolga attività di pubblico interesse privo del carattere non industriale o commerciale. Innanzi tutto perché l'attività di natura economica espletata dall'Istante, così come individuata dalla citata Comunicazione 2005/C 312/01, presuppone il perseguimento di scopi di lucro, cui consegue anche l'assunzione del rischio di eventuali perdite

commerciali. Per quanto riguarda gli utili di gestione, l'art. 28 dello Statuto prevede che gli stessi, qualora spettanti alle azioni ordinarie, potranno essere reinvestiti nella società e qualora spettanti alle azioni privilegiate, saranno distribuiti ai possessori delle stesse. Al riguardo, il Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana ha negato la natura di organismo di diritto pubblico ad una società per azioni nel cui statuto era previsto (sia pure come possibilità alternativa) la distribuzione degli utili in relazione alle azioni possedute (Cons. giust. sic. 11/6/1996 n. 323).

Inoltre, dalla ricostruzione dell'impianto normativo in materia di gestioni aeroportuali, nazionale e comunitario, emerge che dette società operano "per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale", così come individuato dalla Corte di giustizia nella definizione che ha reso in ordine alle imprese pubbliche nel differenziarle dagli organismi di diritto pubblico (C. giust. CE, 15 maggio 2003, -214/00, punto 44). A tal proposito si richiama l'art. 10 del citato D.M. n. 521/1997, che, nell'individuare i criteri di gestione applicabili dalle società di gestione aeroportuale, dispone che la società "organizza e gestisce l'impresa aeroportuale garantendo l'ottimizzazione delle risorse disponibili per la produzione di attività e di servizi di adeguato livello qualitativo, nel rispetto dei principi di sicurezza, di efficienza, di efficacia e di economicità".

Nel contesto concorrenziale in cui opera l'istante, il perseguimento di uno scopo di lucro e l'assunzione dei rischi connessi alla propria attività comportano che detto soggetto si lascia guidare da considerazioni economiche, secondo le leggi del mercato. Tale risulta anche l'orientamento del Supremo Giudice, il quale rileva come sia da escludersi il carattere commerciale e industriale dei bisogni "non . . . suscettivi. . . di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro" (Cass. Civ., S.U. 4 maggio 2006, n. 10218; v. anche 8 febbraio 2006, n. 2637; 4 aprile 2000, n. 97).

Sulla base di quanto sopra considerato, sembra, pertanto, potersi qualificare l'istante come impresa pubblica, ente aggiudicatore che applica le disposizioni della parte III del Codice, nei limiti espressamente previsti dalla medesima parte III.

dott.ssa Maria Luisa Chimenti