

Pubblicato il 29/01/2018

N. 00590/2018REG.PROV.COLL.
N. 06868/2017 REG.RIC.



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

sul ricorso numero di registro generale 6868 del 2017, proposto da:

Save S.p.A. e Marco Polo Park S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Davide Cester e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Security Park Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Romano Vaccarella e Massimo Carlin, con domicilio eletto presso lo studio Romano Vaccarella in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 269;

nei confronti di

Venezia Marco Polo Parking Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Romano Vaccarella e Massimo Carlin, con domicilio eletto presso lo studio Romano Vaccarella in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 269;

ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Velma S.r.l., non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Assaeroporti - Associazione Italiana Gestori Aeroporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli e Giuseppe Lo Pinto, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00797/2017, resa tra le parti, con la quale sono stati accolti, con riferimento alla sola ricorrente Security Park S.r.l., i (secondi) motivi aggiunti notificati in data 9.1.2017 e per l'effetto è stato disposto l'annullamento dell'atto di subconcessione sottoscritto tra SAVE S.p.A. e Marco Polo Park S.r.l. in data 31.7.2009 “(avente ad oggetto la gestione dei parcheggi e relativi posti auto indicati nell'all. A e identificati nelle planimetrie di cui all'all. B)” e del cd. “addendum all'atto di subconcessione”, sottoscritto dalle stesse parti il 25.8.2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Security Park Srl, di Venezia Marco Polo Parking Srl e dell'ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile;

Visto l'intervento ad adiuvandum di Assaeroporti - Associazione Italiana Gestori Aeroporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Paolo

Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Vittorio Domenichelli, Andrea Manzi, in sostituzione dell'avv. L. Manzi, Davide Cester, Massimo Carlin, Romano Vaccarella, Giuseppe Lo Pinto e l'Avvocato dello Stato Angelo Venturini;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, con la sentenza 23 agosto 2017, n. 797 ha accolto la domanda di annullamento presentata con i secondi motivi aggiunti dalla parte appellata Security Park S.r.l. e, per l'effetto, ha annullato gli atti con gli stessi impugnati, ovvero l'atto di subconcessione sottoscritto il 31 luglio 2009 da SAVE S.p.A. e Marco Polo Park S.r.l. (avente ad oggetto la gestione dei parcheggi e relativi posti auto indicati nell'all. A e identificati nelle planimetrie di cui all'all. B) e il cd. addendum all'atto di subconcessione, sottoscritto dalle stesse parti il 25 agosto 2016.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- la nota con cui SAVE ha reso noto di aver affidato la gestione dei parcheggi ad uso pubblico dell'Aeroporto di Venezia alla Marco Polo Park S.r.l. “a mente del principio dell’“in house providing” e di quanto consentito dagli artt. 3 e 5, comma 2, della Convenzione tra SAVE ed ENAC” ha natura di mera comunicazione tra due società ed è priva di contenuto provvedimentale;
- l'ulteriore domanda contenuta nel ricorso introduttivo, avente ad oggetto l'accertamento dell'illegittimità della mancata indizione di una gara per la gestione dei parcheggi ad uso pubblico all'interno del sedime demaniale aeroportuale, nonché l'accertamento dell'illegittimità dell'affidamento di tale gestione alla Marco Polo Park in base all'in house providing, è inammissibile nella misura in cui è rivolta ad eludere l'onere di impugnazione di provvedimenti amministrativi (la concessione rilasciata a SAVE il 19 luglio 2001) entro l'ordinario termine decadenziale;

- la convenzione stipulata il 19 luglio 2001 tra l'E.N.A.C. e la SAVE S.p.A., che disciplina i rapporti conseguenti all'affidamento alla società della concessione per l'esercizio e per la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali, compresi i beni demaniali, dell'Aeroporto "Marco Polo", non costituisce per nulla la fonte di legittimazione degli affidamenti senza gara delle subconcessioni indicate dall'art. 3 della convenzione stessa;
- da nessuna delle disposizioni della predetta convenzione si evince che tale affidamento possa avvenire senza gara, anzi, l'art. 3, comma 2, della convenzione, nello stabilire che gli affidamenti previsti dal comma precedente "devono rispondere a criteri di imparzialità e non discriminazione", lascia ragionevolmente intendere che gli affidamenti stessi, di norma, debbano seguire le regole dell'evidenza pubblica;
- l'atto di subconcessione stipulato il 31 luglio 2009 tra SAVE e Marco Polo Park, nonché il cd. addendum, sottoscritto il 25 agosto 2016, sono configurabili come recanti l'affidamento di una concessione di servizi;
- ciò comporta, altresì, la reiezione dell'eccezione di difetto di giurisdizione, formulata da SAVE e Marco Polo Park sull'assunto che la subconcessione stessa, in quanto avente ad oggetto servizi di natura commerciale, si risolva in un contratto di diritto privato;
- il mero deposito in giudizio di un provvedimento pregiudizievole non può essere in nessun modo qualificato come evento idoneo, di per sé, ad integrare la conoscenza dell'atto, ai fini della decorrenza del termine per la sua impugnazione e, comunque, non può ritenersi acquisita la piena conoscenza del provvedimento amministrativo lesivo quando questa avvenga nel corso del processo da parte del difensore, occorrendo che la piena conoscenza sia acquisita dal soggetto interessato personalmente;
- SAVE e Marco Polo Park hanno sufficientemente allegato e dimostrato

che Venezia Marco Polo Parking S.r.l. e Velma S.r.l. avevano da tempo “piena conoscenza” dell’assetto del sistema dei parcheggi aeroportuali nell’Aeroporto di Venezia e, in particolare, che avevano “piena conoscenza” dell’affidamento diretto da SAVE a Marco Polo Park della gestione dei parcheggi in parola: nello specifico, la questione del predetto affidamento diretto risulta già trattata in dettaglio in precedenti contenziosi intercorsi tra le due citate ricorrenti e SAVE S.p.A.;

- analoga dimostrazione non può, invece, ritenersi fornita per la Security Park S.r.l., i cui motivi aggiunti, nel merito, risultano fondati e da accogliere;
- le ragioni per cui la domanda di annullamento degli atti impugnati pare fondata e da accogliere sono:

- 1) l’assoggettamento dell’attività di parcheggio svolta sul sedime aeroportuale alle regole dell’evidenza pubblica, come ben illustrato dalla delibera dell’A.N.A.C. n. 758 del 13 luglio 2016, in base al “considerando” n. 25 della direttiva n. 2014/23/UE;

- 2) la già riferita formulazione dell’art. 3, comma 2, della convenzione tra E.N.A.C. e SAVE del 19 luglio 2001, da cui emerge che l’affidamento delle subconcessioni di cui al precedente comma 1 deve aver luogo tramite procedura ad evidenza pubblica;

- 3) la palese insussistenza, nella fattispecie ora all’esame, dei presupposti del cd. in house providing, quale schema organizzativo che consente, in via del tutto eccezionale, di derogare all’evidenza pubblica.

La parte appellante SAVE S.P.A. e MARCO POLO PARK S.R.L. contestava la sentenza del TAR, deducendone l’erroneità per i seguenti motivi:

- giurisdizione del G.O. in ordine alla presente controversia;
- manifesta erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato l’eccezione di tardività dei secondi motivi aggiunti formulata dalle resistenti. Violazione e falsa applicazione degli artt. 119, 120, 29 e 43 c.p.a.;

- erroneità e contraddittorietà della sentenza nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di tardività dei secondi motivi aggiunti, nei confronti della sola Security Park s.r.l., sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 119, 120, 29 e 43 c.p.a.;
- manifesta erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di tardività dei secondi motivi aggiunti formulata dalle resistenti. Comprovata conoscenza dell'assetto dei parcheggi per come emerge dalle stesse produzioni avversarie. Violazione e falsa applicazione degli artt. 119, 120, 29 e 43 c.p.a. sotto altro profilo;
- manifesta erroneità e contraddittorietà della sentenza nella parte in cui ha riconosciuto l'esistenza di un interesse ad agire delle ricorrenti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a. e grave difetto di motivazione;
- erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto la domanda di annullamento della subconcessione e dell'addendum proposta con i secondi motivi aggiunti. In particolare nella parte in cui ha presupposto che vi sia stata esternalizzazione e ha ritenuto che l'attività di parcheggio svolta sul sedime aeroportuale sia assoggettata alle regole dell'evidenza pubblica. Violazione e falsa applicazione della direttiva n. 2014/23/UE. Grave carenza di motivazione.

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'integrale reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituivano le parti appellate Venezia Marco Polo Parking S.r.l., Velma S.r.l. Security Park S.r.l. chiedendo la reiezione dell'appello e proponendo appello incidentale avverso le parti di sentenza del TAR che:

- hanno dichiarato inammissibile l'impugnazione della nota Save 22.5.2016;
- hanno dichiarato inammissibile la domanda di accertamento dell'illegittimità della mancata indizione di una gara per la gestione dei parcheggi;

- hanno dichiarato, sotto altro profilo, inammissibile la domanda di accertamento dell'illegittimità della mancata indizione di una gara per la gestione dei parcheggi;
- hanno dichiarato tardiva l'impugnazione degli atti di subconcessione da parte di VMPP e Velma S.r.l.

Esplicava atto di intervento ad adiuvandum Assaeroporti - Associazione Italiana Gestori Aeroporti manifestando l'interesse a che venga accertata l'erroneità della sentenza del TAR nella parte in cui ha ritenuto che i gestori aeroportuali fossero soggetti ad obblighi di gara anche per l'affidamento di subconcessioni aventi ad oggetto servizi di natura commerciale.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva che le ricorrenti in primo grado, attuali appellate, Venezia Marco Polo Parking S.r.l., Velma S.r.l. e Security Park S.r.l. sono esercenti di parcheggi nelle vicinanze dell'aeroporto Marco Polo di Venezia e, in tale qualità, hanno contestato la circostanza che fosse la stessa società di gestione aeroportuale (l'appellante SAVE S.p.A.), in proprio o attraverso una società interamente partecipata (l'appellante Marco Polo Park S.r.l.), a gestire i parcheggi all'interno del sedime che detiene in concessione.

Il TAR ha correttamente dichiarato inammissibile il ricorso principale, ritenendo che l'impugnata nota SAVE del 22.5.2016 avesse natura di mera comunicazione tra due società, priva di contenuto provvedimento e che fosse inammissibile la domanda di mero accertamento dell'illegittimità della mancata indizione di una gara per la gestione dei parcheggi ad uso pubblico, in quanto tale domanda è diretta ad eludere l'onere di impugnazione di provvedimenti amministrativi (la concessione rilasciata a SAVE il 19 luglio 2001) entro l'ordinario termine decadenziale e non potendosi prospettare azioni di accertamento in materia di interessi

legittimi pretensivi.

Il TAR, invece, ha accolto i secondi motivi aggiunti, disponendo l'annullamento degli atti con cui SAVE ha concretamente disciplinato la subconcessione, in data 31.7.2009, nonché l'addendum del 25.8.2016, depositati in giudizio da SAVE in data 8.11.2016.

2. Viene in primo luogo in contestazione la giurisdizione del giudice adito.

Al riguardo, giova osservare che il Giudice della giurisdizione (Cassazione civile, Sez. Un., 18 aprile 2016, n. 7663) ha stabilito che la subconcessione di spazi aeroportuali per lo svolgimento di attività non rientranti nell'elenco tassativo dei servizi necessari di assistenza a terra, bensì prestata su eventuale richiesta e autonoma remunerazione del cliente, ha natura privatistica, sicché non è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica ed è devoluta alla giurisdizione ordinaria (Principio affermato riguardo ad una subconcessione affidata dalla società "Aeroporti di Roma", qualificata dalla S.C. come impresa privata titolare di diritti di esclusiva, e non impresa pubblica od organismo di diritto pubblico).

La predetta sentenza delle Sezioni Unite ha annullato la sentenza di questo Consiglio 22 aprile 2014, n. 2026, che era stata di diverso avviso, affermando che i servizi di natura commerciale, pur se svolti in un'area di pertinenza aeroportuale ad uso esclusivo di privati, sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo cui l'Amministrazione concedente resti estranea, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, risolvendosi in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile (Cass., Sez. Un., 25 Giugno 2002, n. 9233; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9288).

Né sussiste violazione dell'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a., non vertendosi in ipotesi di controversia tra concedente e concessionario di beni pubblici, bensì di rapporto derivato, tra concessionario e subconcessionario, cui l'Amministrazione concedente è estranea ed in cui l'atto autoritativo

concessorio resta solo un antecedente mediato (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26.823).

3. Pertanto, pur rientrando la gestione e fornitura di parcheggi agli utenti nei compiti caratteristici del gestore aeroportuale SAVE, che nella specie li esercita attraverso la controllata MPP, tale attività non è inclusa nei servizi di handling e nel trasposto aereo ed è svolta da Marco Polo Park S.r.l. nell'ambito di un rapporto che resta circoscritto tra quest'ultima e SAVE.

Né può soccorrere la previsione, di cui all'art. 3, comma 1, della concessione che impone la "previa comunicazione" ad E.N.A.C. della stipulanda subconcessione, posto che il potere di E.N.A.C. di vietare la subconcessione medesima è giustificato da motivi di interesse generale, derivanti dalla natura demaniale dei beni, senza che ad E.N.A.C. sia consentito sindacare sulle modalità di svolgimento e organizzazione commerciale del servizio.

Inoltre, il servizio di parcheggio svolto da MPP e dato in subconcessione è remunerato autonomamente mediante applicazione di tariffe (orarie e/o giornaliere) a carico dei viaggiatori, in concorrenza con i parcheggi esterni al sedime condotti dalle parti appellante, confermandosi così, secondo le tesi delle Sezioni Unite, la sussistenza di un contratto di diritto privato di subconcessione, devoluto alla giurisdizione ordinaria civile.

4. La predetta sentenza delle Sezioni Unite del 2016 ha, inoltre, escluso che la società di gestione dell'aeroporto (Aeroporti di Roma) sia un organismo di diritto pubblico, o impresa pubblica, trattandosi solo di un'impresa privata, titolare di diritti di esclusiva, con la conseguenza che si verte in ipotesi di contratto di diritto privato, la cui cognizione appartiene al giudice ordinario civile.

In effetti, anche ai sensi del d.lgs. n. 50-2016 l'appellata Save non possiede né la qualità di organismo di diritto pubblico (art. 3, comma 1, lett. c), né qualità di impresa pubblica (art. 3, comma 1, lett. t), poiché entrambe le

nozioni presuppongono il controllo della mano pubblica.

L'appellata Save è solo un soggetto privato titolare di un diritto di esclusiva (art. 3, comma 1, lett. III), d.lgs. n. 50-2016) ed è solo su questa connotazione che si basa la sua inclusione nella più ampia categoria degli enti aggiudicatori.

In base al combinato disposto degli artt. 14, 114 (per gli appalti nei settori speciali) e 164 (per le concessioni) del d.lgs. 50-2016, i quali sono formulati in maniera pressoché identica ai previgenti artt. 207 e 217 d.lgs. n. 163-2006, il soggetto privato che opera in virtù di diritti esclusivi, così come l'impresa pubblica, è obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti presupposti: quando esso opera nei settori speciali; quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali.

Entrambe le condizioni sono ricorrenti nel caso di specie.

Inoltre, in base a quanto stabilito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 1° agosto 2011, n. 16, per determinare se l'affidamento di un appalto sia assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre sia un presupposto soggettivo (l'affidante dev'essere un ente operante nei settori speciali) sia un presupposto oggettivo (l'appalto deve essere strumentale all'attività speciale).

Il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo, intendendosi per appalto strumentale solo un appalto che sia finalizzato “agli scopi propri (core business) dell'attività speciale.

Gli appalti affidati da enti aggiudicatori al di fuori dei settori speciali sono del tutto estranei alla disciplina del Codice dei contratti pubblici (e, a monte, delle direttive comunitarie in materia di appalti) e dell'ordinamento pubblicistico.

In base a tali principi, il criterio della strumentalità limita gli ambiti

applicativi alle sole attività strettamente aviation, escludendo da essa le attività di natura commerciale come la gestione dei parcheggi aeroportuali, come nella specie.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, deve dichiararsi la giurisdizione del Giudice Ordinario, con conseguente annullamento della sentenza impugnata, senza rinvio, con ogni conseguenza di legge in punto translatio iurisdictionis (art. 11 c.p.a.).

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),
Definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara la giurisdizione del Giudice Ordinario, con conseguente annullamento della sentenza impugnata, senza rinvio, e con ogni conseguenza di legge ex art. 11 c.p.a.

Compensa le spese di lite 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 11 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Giovanni Nicolò Lotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO