

ORIGINALE



n° 266 REG. SENT. 2004
n° 3258 REG. GEN. 2005

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3258/2005 proposto da Cremonini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuliano Sollima e Patrizio Trifoni ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Milano, via Donizzetti, n. 30;

contro

SEA – Società Esercizi Aeroportuali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Maria Alessandra Sandulli ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Milano, via Mosè Bianchi, n. 71;

e nei confronti di

My Chef Ristorazione Commerciale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Cesare Ribolzi e Roberto Invernizzi ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Milano, via Lodovico Ariosto, n. 30;

rh

per l'annullamento

- della determinazione della stessa Società con cui è stata affidata a My Chef Ristorazione Commerciale s.r.l. la gestione e l'organizzazione, non in esclusiva, del servizio oggetto della procedura;
 - della comunicazione dell'affidamento a terzi dell'attività oggetto della Selezione, ricevuta dalla Società il 4 agosto 2005, prot. n. 1076 – ALS/SA;
 - dei verbali della Commissione giudicatrice trasmessi via *e-mail* il 10 agosto 2005 e acquisiti in copia dell'originale nel corso dell'accesso agli atti dello scorso 7 novembre;
 - del bando con cui SEA ha indetto la “Selezione di offerte per la gestione e l'organizzazione, non in esclusiva, dell'attività di ristorazione, consistente in somministrazione di alimenti e bevande, presso l'Aeroporto di Milano Malpensa Terminal 1” e i relativi allegati e del relativo avviso pubblicato sul quotidiano Il Corriere della Sera del 29 giugno 2005;
 - del disciplinare di gara contenente le “Prescrizioni per la presentazione delle offerte per la gestione e organizzazione, non in esclusiva, dell'attività di ristorazione, consistente in somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, presso l'Aeroporto di Milano Malpensa Terminal 1” e di tutta la documentazione ad esso allegata, disciplinante la procedura;
- e occorrendo:

- dell'atto con cui la Direzione Commerciale della SEA è stata autorizzata dalla Presidenza ad indire la procedura impugnata in questa sede, ancorché non noto e nei confronti del quale si formula riserva di motivi aggiunti;
- della Delibera del Consiglio di Amministrazione con cui dovrebbe essere stata determinata la "modalità generale, di indirizzo" per la selezione degli affidatari della tipologia di servizio in discorso, applicata anche nella presente fattispecie, ancorché non nota e nei confronti della quale si formula riserva di motivi aggiunti;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso ancorché non noto e nei confronti del quale si fa comunque riserva di motivi aggiunti;

e per l'annullamento

ovvero dichiarazione di nullità, di annullabilità o di inefficacia del contratto d'appalto stipulato tra SEA e My Chef, ancorché non noto e nei confronti del quale si formula riserva di motivi aggiunti;

e per la condanna

alla rinnovazione della gara ovvero, ove ciò non sia possibile all'atto di decisione del presente ricorso, al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente per l'illegittimo affidamento della gestione e organizzazione dell'attività alla controinteressata.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio della SEA s.p.a. e della My Chef Ristorazione Commerciale s.r.l.;

VISTA l'istanza di accesso ex art. 25, comma 5, legge 241/90 proposta dalla ricorrente nel corso del giudizio e decisa dalla Sezione con ordinanza n. 40 del 2006;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 23.11.2006 il dr. Riccardo Giani;

Uditi l'avv. Bertacco, in sostituzione dell'avv. G. Collima, per la ricorrente, l'avv.

M.A. Sandulli per la resistente e l'avv. R. Invernizzi per la controinteressata;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con Avviso pubblicato sui quotidiani "Il Corriere della Sera" del 29 giugno 2005 e "Il Sole24Ore" del 30 giugno 2005 la SEA s.p.a. ha indetto una "Selezione di offerte per la gestione e l'organizzazione, non in esclusiva, dell'attività di ristorazione, consistente in somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, presso l'Aeroporto di Milano Malpensa-Terminal 1".

L'Avviso specificava trattarsi, in particolare, della gestione e organizzazione del Bar Area Arrivi, dei distributori automatici dell'Area Ritiro Bagagli Arrivi A e del Chiosco Area Registrazioni con decorrenza 1.11.2005 (tranne che per il Chiosco, per il quale è fissata la decorrenza 1.6.2007) e scadenza il 31 ottobre 2008. Sempre l'Avviso di Selezione fissava al 25 luglio 2005 il termine ultimo per la presentazione delle offerte, indicava come criterio per la scelta dell'assegnatario quello dell'offerta economicamente più conveniente, stabiliva, quali elementi di

valutazione, il prezzo, nella misura del 70%, e il valore tecnico/qualitativo dell'offerta, nella misura del 30% ed infine indicava l'offerta economica base pari a royalty sul fatturato netto IVA del 22% (cfr. doc. 1 di SEA).

Nelle "Prescrizioni per la presentazioni delle offerte" (doc. 3 della resistente) SEA s.p.a. specificava che l'offerta doveva essere presentata in plico chiuso, che doveva a sua volta contenere tre buste opache contenenti, rispettivamente, la "documentazione" (busta 1), l'offerta tecnico-qualitativa (busta 2) e l'offerta economica (busta 3). Nelle suddette "Prescrizioni" veniva altresì previsto di assegnare massimo trenta punti all'offerta tecnico-qualitativa, attribuendone massimo dieci alla "organizzazione dell'impresa e modalità di svolgimento del servizio", fino a dieci per "organizzazione del personale" e fino a dieci per "piano di marketing".

Nel termine fissato dall'Avviso presentavano offerte cinque società, tra cui la ricorrente Cremonini s.p.a. e la controinteressata My Chef Ristorazione Commerciale s.r.l.

La Commissione di valutazione si riuniva in data 26 luglio 2005 e procedeva preliminarmente alla definizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnico-qualitativa di cui alla Busta 1 e dell'offerta economica di cui alla busta 3. In particolare, quanto all'offerta tecnico-qualitativa, venivano ulteriormente dettagliati i punteggi come indicati nelle "Prescrizioni per la presentazione delle offerte", mentre per quanto riguarda le offerte economiche la Commissione stabiliva di applicare la formula $PO \times 70 : PM$, ove PO indica il prezzo offerto dal

singolo concorrente e PM il prezzo migliore (cfr. doc. 5 di SEA e all. 1 allo stesso). Quindi la Commissione, verificata la documentazione amministrativa, ammetteva tutti e cinque i concorrenti alla successiva fase della procedura e procedeva alla attribuzione dei punteggi alle offerte tecnico-qualitative ed economiche, secondo i criteri in precedenza fissati. All'esito delle operazioni risultava prima classificata My Chef con punti 90,76 mentre Cremonini si classificava all'ultimo posto con punti 73.

Contro la determinazione finale della Commissione e contro tutti gli atti indicati in epigrafe insorge la ricorrente che articola nei loro confronti le seguenti censure:

1) *“Violazione dell'art. 3 legge 241/90 – Difetto di motivazione – Eccesso di potere per illogicità manifesta – Irrazionalità – Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. – Eccesso di potere per disparità di trattamento – Perplessità – Ingiustizia manifesta – Violazione dei principi di concorrenza e par condicio – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Errore dei presupposti – Travisamento dei fatti – Violazione dell'art. 3 Concessione SEA-ENAC del 4 settembre 2001”.*

2) *“Violazione dei principi generali di matrice comunitaria in materia di trasparenza, pubblicità, imparzialità, buon andamento, par condicio e concorrenza – Violazione del Trattato UE e delle direttive 93/38 e 2004/17 e del d.lgs. 158 del 1995 – Violazione dei principi di Contabilità pubblica dello Stato, R.D. n. 827/1924 e R.D. n. 2240/1923”.*

Si costituivano in giudizio SEA s.p.a. e My Chef Ristorazione Commerciale s.r.l.

per resistere al ricorso. Entrambe eccepivano preliminarmente l'inammissibilità dell'impugnazione per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel corso del giudizio la ricorrente avanzava istanza di accesso alla documentazione di gara, ex art. 25, comma 5, legge 241/90, che portava all'ordinanza collegiale n. 40 del 2006, di declaratoria di cessazione della materia del contendere sul profilo dell'accesso.

Tutte le parti del giudizio presentavano memorie finali, a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 23 novembre 2006, relatore il dr. Riccardo Giani, i difensori delle parti insistevano nelle rispettive posizioni e al termine della discussione la causa veniva trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio è chiamato ad esaminare preliminarmente l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, avanzata da resistente e controinteressata. In termini netti la resistente SEA s.p.a. afferma che la ricorrente ha portato dinanzi al TAR "l'affidamento di un contratto di diritto privato tra soggetti privati", mentre la controinteressata rileva che la fattispecie considerata concerne un contratto (attivo) con cui SEA assegna spazi di sua proprietà da destinare all'esercizio di attività secondarie a carattere commerciale non riconducibili nel novero delle attività aeronautiche regolate dalla Convenzione tra ENAC e SEA.

Entrambe le parti resistenti sviluppano approfonditamente queste tesi.

2. La soluzione della sollevata questione di giurisdizione presuppone un preliminare chiarimento in ordine alla natura di SEA s.p.a., al suo rapporto con ENAC, all'oggetto della selezione indetta da SEA e più in generale all'ambito del rapporto concessorio facente capo alla società medesima.

2.1. SEA è una società per azioni a prevalente capitale pubblico, la quale ha provveduto alla realizzazione, ed ha ottenuto per legge la gestione, del sistema aeroportuale milanese.

Ciò risulta in termini espliciti dal disposto dell'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 194 ("Norme concernenti l'istituzione del sistema aeroportuale di Milano"), ove è previsto: - che il Ministro competente è autorizzato a riconoscere la qualifica privata per la durata di 30 anni del sistema aeroportuale di Milano, articolato nei nuovi scali di Malpensa e Linate, in corso di realizzazione a spese di SEA (comma 1); - che mediante Convenzione si provvederà alla disciplina dei rapporti tra Stato e SEA, alla quale società "per il periodo in cui è abilitata all'esercizio degli aeroporti, competono tutti i diritti derivanti dall'esercizio aeroportuale" (comma 3); - che allo scadere dei trent'anni le infrastrutture costruite da SEA diventeranno di proprietà dello Stato (comma 2).

In data 7 maggio 1962 veniva stipulata la Convenzione prevista dalla legge 194/1962.

Successivamente la legge 22 agosto 1985, n. 449 ("Interventi di ampliamento e di ammodernamento da attuare nei sistemi aeroportuali di Roma e Milano"), all'art. 2, comma 2, stabiliva che il regime giuridico del sistema aeroportuale di Milano

rimaneva disciplinato dall'art. 1 della legge 194/1962 e dalla Convenzione del 7 maggio 1962, prevedendo tuttavia un adeguamento della Convenzione e provvedendo altresì ad estendere di ulteriori 30 anni il termine di durata di detto regime giuridico.

Il richiamato rapporto convenzionale conosceva successivamente un ulteriore ampliamento di durata, fino all'anno 2041, accompagnato da una novazione del rapporto stesso a mezzo di stipula di nuova Convenzione tra ENAC e SEA s.p.a. in data 4 settembre 2001, che sostituisce la precedente del 7 maggio 1962.

2.2. La sequenza normativa e convenzionale che prende avvio dalla legge n. 194 del 1962 conduce ad individuare, per progressive approssimazioni, l'ambito della gestione rimessa e riservata a SEA s.p.a. e sottoposta agli obblighi convenzionali e legali, di stampo pubblicistico, nei confronti di ENAC.

Tale ambito è individuato dall'art. 1, comma 3, della legge 194 cit., in termini generali ma non per questo imprecisi, con riferimento "all'esercizio degli aeroporti", nozione che trova poi sviluppo nella vigente Convenzione del 4 settembre 2001.

Quest'ultima individua l'oggetto del rapporto convenzionale nella "gestione" e "sviluppo" della "attività aeroportuale" (art. 1), evidenzia che la "gestione" deve avvenire in conformità alla normativa anche internazionale che regola "il funzionamento degli aeroporti aperti al traffico civile e lo svolgimento dei servizi di assistenza a terra" (art. 2, comma 2) e quindi specifica i servizi che sono posti a carico di SEA, in ordine ai quali la società si impegna ad assicurare continuità e

regolarità di svolgimento e rispetto dei principi di imparzialità e non discriminazione (art. 4, comma 1). L'elencazione che segue nella lettera della norma da ultimo citata ha riferimento agli "impianti e apparati aeroportuali", ai "servizi di assistenza a terra", alla manutenzione di opere, infrastrutture e impianti dell'aeroporto e ad altre prestazioni che ineriscono al servizio di trasporto aereo.

2.3. Ai fini della soluzione del quesito inerente la sussistenza della giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, il Collegio stima della massima importanza accertare se l'attività in relazione alla quale SEA ha indetto la selezione per cui è causa sia o meno ascrivibile all'ambito del rapporto concessorio di cui la stessa SEA è *ex lege* titolare.

E' invero intuitivo che solo l'inerenza al rapporto funzionale, implicando la traslazione di poteri pubblici in capo al soggetto privato, possa integrare il presupposto necessario per configurare l'esercizio, in via sostitutiva, del potere autoritativo e per poter, di conseguenza, conferire carattere provvedimento all'attività posta in essere dal soggetto concessionario.

Come già evidenziato nella parte in fatto, la selezione indetta da SEA, il cui esito, in uno con lo svolgimento dell'intero *iter* procedimentale, è stato impugnato da Cremonini s.p.a., ha ad oggetto la gestione e organizzazione dell'attività di ristorazione, a mezzo di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, ed in particolare riguarda la gestione del Bar dell'Area arrivi, dei distributori automatici dell'Area Ritiro bagagli e del Chiosco dell'Area Registrazioni.

Si tratta quindi di selezione che, ad avviso del Collegio, risulta estranea all'ambito

del rapporto concessorio come in precedenza descritto.

Se l'alterità rispetto all'attività aeronautica in senso stretto non ha bisogno di chiosa, è invece opportuno rilevare che l'organizzazione e gestione dei servizi di ristorazione, come sopra descritti, è cosa ben diversa dall'attività di assistenza a terra (c.d. *handling*) più volte richiamata dalla Convenzione. Quest'ultimo concetto richiama infatti i servizi predisposti dalla società di gestione aeroportuale e consistenti in prestazioni rese a favore dei vettori e adesso normativamente definiti dalla direttiva europea 96/67/CE ("Direttiva del Consiglio relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità"), recepita in Italia dal d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18. Infatti i rapporti in esame, non riconducibili nell'ambito dei servizi di *handling* che il gestore deve garantire ai vettori, sono sicuramente diversi da quelli contemplati dal n. 11 dell'allegato A al citato d.lgs. n. 18 – unica previsione astrattamente richiamabile – che ricomprende nei servizi a terra "l'assistenza ristorazione (*"catering"*)", specificando che vi rientrano "il collegamento con i fornitori e la gestione amministrativa", "il magazzinaggio dei cibi, delle bevande e degli accessori necessari alla loro preparazione", "la pulizia degli accessori" e "la preparazione e la fornitura del materiale e delle provviste di cibi e bevande".

Il che rende inapplicabile la previsione di cui all'art. 11 del decreto.

L'esame delle altre norme della Convenzione del 4 settembre 2001 non consente, peraltro, di giungere a risultati diversi. In primo luogo non può essere richiamato l'art. 3 della stessa, relativo a "affidamento a terzi", in quanto si riferisce

“all’affidamento a terzi di aree e locali destinati alle attività aeronautiche”, contesto affatto diverso da quello rilevante ai fini di causa, nel quale la norma in esame stabilisce che ENAC può intervenire a vietare l’assegnazione “per giustificati motivi di interesse generale” e specifica che “gli affidamenti ...devono rispondere a criteri di imparzialità e non discriminazione e devono prevedere l’obbligo, da parte degli affidatari, del rispetto della carta dei servizi”. D’altra parte l’art. 8 della stessa Convenzione, nell’elencare i proventi di SEA, *sub* lettera d) ci conferma la netta distinzione tra “esercizio dell’attività aeroportuale” e “altre attività svolte nell’aeroporto”, tra cui campeggiano “le attività secondarie a carattere commerciale”. La disposizione consente anzi di evidenziare che le altre attività svolte nell’aeroporto, tra cui quelle secondarie a carattere commerciale – ambito nel quale si collocano le attività di cui alla selezione in esame nel presente giudizio – sono diverse e distinte sia dall’attività aeroportuale “diretta” che “indiretta”. Esse sono prese in esame solo al fine di individuare, in una complessiva elencazione, l’insieme di tutte le fonti di provento di SEA, senza però che rientrino nel fuoco del rapporto concessorio.

2.4. Le considerazioni che precedono consentono di raggiungere un primo risultato interpretativo. L’assegnazione di spazi per l’esercizio dell’attività di gestione di punti di ristoro, oggetto della selezione indetta da SEA e sulla quale verte il presente giudizio, è estranea all’ambito proprio del rapporto concessorio tra ENAC e SEA. Conclusione che dovrà essere valorizzata nello specifico esame della normativa applicabile in punto di riparto di giurisdizione. E’ certo però, già

adesso, che la fattispecie in esame è diversa da quella esaminata in altri arresti giurisprudenziali, pur inerenti a vicende similari, ove però anche la gestione di un bar indetta dalla società di gestione dei servizi aeroportuali è risultata rientrare a pieno titolo nell'oggetto della concessione (Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2001, n. 1757), rilievo sulla cui base il Collegio giudicante è giunto ad affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Il Collegio ritiene di dover in primo luogo valutare la possibilità di radicare la giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, fondandola sull'art. 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e cioè collocando il ricorso in esame nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi.

La prospettata ricostruzione non appare convincente.

3.1. Ritiene il Collegio di potere escludere la riconduzione dell'attività di ristorazione, realizzata con gestione di bar, chioschi e distributori automatici di cibi e bevande, al concetto giuridico di pubblico servizio.

Tale risultato si raggiunge già sulla base della elaborazione di tale concetto effettuata dalla Corte di Cassazione nell'anno 2000. Il giudice della giurisdizione parte dal rilievo che "se è esatto che il citato art. 33 non ha seguito la nozione c.d. soggettiva di servizio pubblico, ritenendo che esso possa essere svolto anche da soggetti privati (v., in particolare, il comma 2, lettera e), ed ha quindi recepito la nozione c.d. oggettiva, non deriva da ciò che sia definibile come servizio pubblico ogni attività privata soggetta "a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da

parte di un'amministrazione pubblica", perché così inteso il servizio pubblico finirebbe con il coincidere con ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo". Fatta tale premessa la Cassazione giunge a concludere che "il servizio si qualifica come "pubblico" perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività di privati)". Ancor più specifica, per la fattispecie che qui rileva, è l'affermazione contenuta nella medesima sentenza della Cassazione secondo la quale "il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali" (Cassazione civile, sez. un., 30 marzo 2000 , n. 71). Il punto è stato recentemente ripreso, e ribadito, da Cassazione civile, sez. un., 3 agosto 2006, n. 17573.

Le gestione dell'attività di ristorazione, come sopra descritta, esula certamente dal concetto di servizio reso nell'interesse della collettività con carattere di necessità, affermazione che può qui sostenersi una volta che si sia appurato, come risulta dalle considerazioni che precedono, che l'esercizio di tale attività non rientra nell'oggetto della Convenzione ENAC/SEA, così che non può ritenersi che la caratteristica di pubblico servizio gli derivi dall'accessorietà al servizio di trasporto aereo.

3.2. Il ragionamento sopra svolto risulta viepiù rafforzato se si tiene conto della

lettura costituzionalmente orientata che la Corte costituzionale ha imposto del citato art. 33 d.lgs. 80/1998 con la sentenza 5-6 luglio 2004, n. 204 (in Gazzetta Ufficiale, 1^ serie speciale, del 14 luglio 2004). La Corte costituzionale nel citato pronunciamento, com'è noto, ha proceduto ad una complessiva rivisitazione della stessa nozione di "giurisdizione esclusiva", ritenendo che l'art. 103, primo comma, Cost. ove prevede che il legislatore possa attribuire "particolari materie" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha inteso quelle "materie" come "particolari", rispetto a quelle devolute alla giurisdizione di legittimità dello stesso g.a., nel senso che "devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo". Questo necessario collegamento con l'agire amministrativo autoritativo è poi tradotto dalla Corte in termini specifici con riguardo al settore dei pubblici servizi. Così la Corte afferma che "la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà". Il giudice delle leggi conclude quindi che "va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di

Rf

pubblici servizi...ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”.

Ancora una volta risulta importante il riferimento all'oggetto della selezione per cui è causa. Abbiamo visto come essa è estranea all'oggetto del rapporto concessorio e ha riguardo ad “attività secondarie a carattere commerciale”. Ne discende *de plano* che siamo completamente fuori dell'ambito della giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi, così come risultante dalla sentenza 204 del 2004, mancando l'elemento fondante rappresentato dall'Amministrazione che agisce esercitando una pubblica potestà.

4. Deve essere adesso scrutinata la possibilità di radicare la giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, fondandola sull'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, a mente del quale “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”.

4.1 In proposito si rende necessario in primo luogo chiarire che la controversia in esame non ha ad oggetto una procedura di affidamento di un servizio pubblico.

Come la Sezione ha già avuto occasione di precisare, si è in presenza di un appalto

pubblico di servizi quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice, per cui il contraente non si remunera attraverso i proventi derivanti dalla gestione, ma spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

Nel caso di specie, non ricorre lo schema predetto. La selezione, infatti, ha ad oggetto l'affidamento, dietro corrispettivo, di aree commerciali per la gestione di spazi di ristoro.

In simile contesto, non solo SEA non è tenuta a corrispondere alcun importo per l'attività prestata dall'operatore, ma al contrario riceve dall'assegnatario una royalty commisurata al fatturato, con riconoscimento di un "minimo garantito" annuo. Il costo del servizio grava sugli utenti e l'affidataria ritrae i proventi della sua attività esclusivamente dalla gestione degli spazi di ristoro.

Ne deriva che la selezione di cui trattasi non presenta alcuna attinenza con la categoria dell'appalto pubblico di servizi ed è pertanto esclusa dall'ambito di applicazione dell'art.6.

5 A non diverse conclusioni si perviene soffermando l'attenzione sul profilo soggettivo.

A questo riguardo, la soluzione dell'impostata questione passa attraverso due distinti passaggi interpretativi.

5.1 In primo luogo il Collegio è chiamato a chiarire se SEA s.p.a., che certamente non è pubblica amministrazione in senso tradizionale, possa essere inquadrata nell'ambito concettuale dell'organismo di diritto pubblico, e per tale via debba

essere conseguentemente tenuta all'applicazione della normativa di evidenza pubblica.

La nozione di organismo di diritto pubblico, come fornita dalle direttive comunitarie e come recepita nel nostro ordinamento in relazione ai vari settori in cui si snoda la normativa degli appalti (art. 1, comma 3, lett. b d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358; art. 2, comma 6, lett. a legge 11 febbraio 1994, n. 109; art. 2, comma 1, lett. a d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157; nonché *pro futuro* art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si articola in tre requisiti, rappresentati specificamente da (1) personalità giuridica (2) essere istituiti per “soddisfare specifiche finalità d’interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale” (3) dominanza pubblica attraverso, tra l’altro, il maggioritario finanziamento da parte di soggetti pubblici. In relazione a SEA s.p.a., se dubbi non vi sono in relazione ai requisiti (1) e (3) sorgono invece dubbi sul requisito *sub* (2), che deve quindi essere esaminato con specifica attenzione.

Lo stesso ha riguardo all’elemento finalistico dell’organismo di diritto pubblico e si scompone, invero, in due distinti elementi, essendo necessario che, da un lato, il soggetto in considerazione sia istituito per realizzare “finalità d’interesse generale” e, d’altro lato, che l’elemento teleologico abbia l’ulteriore connotazione, in negativo, del carattere “non industriale o commerciale”.

E’ stato in precedenza ricordato come SEA sia una società per azioni a prevalente capitale pubblico che ha provveduto alla realizzazione, ed ha ottenuto per legge la gestione, degli aeroporti milanesi. Non pare dunque dubbio che si tratti di soggetto

istituto per le “finalità d’interesse generale” consistenti nella realizzazione e gestione degli aeroporti milanesi appunto.

Più complesso si presenta il problema relativo alla sussistenza, nella specie, del requisito negativo (finalità d’interesse non industriale o commerciale), che presuppone un approfondimento del significato stesso del requisito in questione.

Un importante criterio orientativo è fornito dalla sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, sez. V, 22 maggio 2003, n. C-18/01, ove si afferma che, al fine di determinare se il bisogno di carattere generale perseguito dall’organismo di diritto pubblico “sia privo di carattere industriale e commerciale, spetta al giudice nazionale valutare le circostanze nelle quali [tale] società è stata costituita e le condizioni in cui essa esercita la propria attività, tra cui, in particolare, l’assenza dello scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione di rischi connessi a tale attività, nonché l’eventuale finanziamento pubblico all’attività in esame”. L’accento cade, in particolare, nella identificazione del carattere “non industriale o commerciale” con “l’assenza dello scopo principalmente lucrativo” .

Così inteso il carattere non industriale o commerciale è difficilmente predicabile nei confronti di SEA s.p.a., per il suo intrinseco carattere imprenditoriale e connesso scopo di lucro, peraltro reso palese già dalla legge n. 194 del 1962 (che si occupa del corrispettivo di SEA per la sua attività) fino alla Convenzione del 4 settembre 2001, che dedica specifica e puntuale attenzione al tema dei proventi spettanti a SEA.

Allo stesso risultato si giunge abbracciando una valutazione in concreto del

criterio della non industrialità o commercialità, che abbia riguardo cioè alla “attività d’impresa di volta in volta posta in essere” (TAR Lombardia, Milano, 20 agosto 1998, n. 1955). Infatti, e *a fortiori*, la concreta attività per la quale SEA s.p.a. ha indetto la selezione per cui è causa rientra certamente in una nozione di attività avente rilievo economico e commerciale, corroborando quindi la soluzione della mancanza del requisito negativo del carattere non industriale o commerciale della finalità perseguita da SEA.

Ne discende, concludendo sul punto, che SEA s.p.a. non rientra nella nozione di organismo di diritto pubblico e che, conseguentemente, non è per questa via predicabile l’applicabilità in punto di giurisdizione della disciplina di cui all’art. 6 legge 205 del 2000.

6. SEA s.p.a. se non è, come sopra argomentato, organismo di diritto pubblico, rientra tuttavia nella diversa nozione di impresa pubblica (Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000 , n. 1885), il che impone allora di scrutinare se per tale via possa conseguirsi il risultato che essa debba ritenersi conseguentemente tenuta all’applicazione della normativa di evidenza pubblica.

La nozione di impresa pubblica, che non compare nelle direttive comunitarie, e conseguenti normative interne di recepimento, relative ad appalti di lavori, servizi e forniture, è contemplata dalle direttive comunitarie relative ai c.d. “settori esclusi” e dall’art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, che ne rappresenta la normativa di recepimento nell’ordinamento interno. Così, nell’ambito dei “settori esclusi”, sono amministrazioni aggiudicatrici, oltre agli enti

pubblici e agli organismi di diritto pubblico, anche le “imprese pubbliche”. Ai sensi dell’art. 2, comma 2, d.lgs. 158 cit. si considerano imprese pubbliche le imprese sulle quali lo Stato o gli altri soggetti pubblici “possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante”, discendente da numerosi fattori, tra i quali la proprietà pubblica dell’assetto societario. Manca invece ogni riferimento a profili finalistici, che caratterizzano invece la nozione di organismo di diritto pubblico, così che, in buona sostanza, il requisito della natura industriale e commerciale dell’attività svolta ben può essere presente nelle imprese pubbliche. Non pare quindi contestabile che SEA s.p.a., proprio perché indubbiamente sottoposta a “influenza dominate” di soggetti pubblici, debba essere qualificata come impresa pubblica.

In linea generale, con riferimento cioè agli appalti nei settori ordinari, la natura di “impresa pubblica” non impone l’applicazione della normativa di evidenza pubblica, com’è confermato dal fatto che essa non compare tra le amministrazioni aggiudicatrici così come disciplinate dalle normative relative agli appalti di lavori, servizi e forniture. Ciò perché il *proprium* della figura è solo nella dominanza pubblica, mentre per il resto l’impresa pubblica si trova ad operare nel mercato e non risulta sottratta ai rischi tipici del mercato medesimo. Ciò esclude che si debba imporre all’impresa pubblica come tale il rispetto delle regole proprie dell’evidenza pubblica, al fine di imporre la competizione tra i soggetti operanti sul libero mercato in sede di approvvigionamento di beni, servizi e forniture. Situazione opposta si registra in relazione agli organismi di diritto pubblico, ove

Rf

tale imposizione è proprio funzionale ad un'esigenza di riequilibrio rispetto a soggetti che, per le loro caratteristiche, sono invece sottratti alla concorrenza propria del mercato.

Il discorso cambia nei c.d. "settori esclusi", la cui disciplina prevede invece l'applicazione delle regole d'evidenza pubblica anche con riferimento alle "imprese pubbliche" (art. 2 d.lgs. 158 cit). Nei settori esclusi infatti gli operatori si trovano a beneficiare di diritti speciali o esclusivi, che riservano solo ad alcuni di essi l'esercizio delle relative attività, così che torna ad emergere la logica di garantire il rispetto di regole concorrenziali negli approvvigionamenti, attraverso il rispetto delle normative di gara. Questa logica segna la *ratio* e il limite dell'obbligo di ricorso all'evidenza pubblica per le imprese pubbliche. Tale obbligo è imposto per le attività poste in essere nel settore interessato dall'esclusiva e viene meno per attività diverse, non interessate dal diritto speciale o esclusivo.

Quanto sin qui esposto emerge in modo palese dall'esame delle norme del d.lgs. 158 del 1995. Infatti gli artt. 1 e 2 indicano l'obbligo del rispetto delle norme poste dal d.lgs. medesimo da parte dei "soggetti aggiudicatori", nel cui ambito rientrano anche le "imprese pubbliche", ove procedano all'aggiudicazione di appalti di lavori, servizi o forniture (così come indicati dagli artt. 7 e 9) nei settori caratterizzati da diritti speciali ed esclusivi, di cui agli articoli da 3 a 6. D'altra parte l'art. 8, comma 1, lett. a) precisa che il d.lgs. 158 non si applica "agli appalti che i soggetti aggiudicatori assegnano per il conseguimento di scopi diversi

Rf

dall'esercizio di proprie attività rientranti nei settori di cui agli articoli da 3 a 6".

Venendo al caso che ci occupa, è vero che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b) del d.lgs. 158 del 1995, anche il trasporto aereo rientra nell'ambito dei c.d. "settori esclusi" e come tale reclama l'applicabilità della disciplina propria dell'evidenza pubblica. E tuttavia, secondo il principio esposto dall'art. 8 cit., ciò non vale per gli appalti che siano posti in essere in relazione ad attività diverse dal trasporto aereo propriamente detto, cioè per attività diverse da quelle per le quali l'impresa pubblica gode di un diritto speciale o esclusivo.

Viene, quindi, ancora una volta in rilievo l'accertata estraneità dell'oggetto proprio dalla selezione per cui è causa dalla gestione del servizio aeroportuale, sulla quale viene a fondarsi la non applicabilità delle regole di evidenza pubblica, ancorché si sia in presenza di un'impresa pubblica.

Il risultato conclusivo, sul punto, è che, in relazione al caso specifico, SEA s.p.a. non era tenuta all'applicazione delle regole di evidenza pubblica proprie del d.lgs. 158 del 1995, non risultando neppure per questa via predicabile l'applicabilità, in punto di giurisdizione, della disciplina di cui all'art. 6 legge 205 del 2000.

7. Alla luce delle svolte considerazioni, ritiene il Collegio che la sollevata eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere dello svolgimento e del risultato della richiamata selezione sia fondata.

Il ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione.

Ritiene, tuttavia, il Collegio che, stante la complessità della materia, e la sussistenza anche di orientamenti divergenti, sussistano giusti motivi per

compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 23 novembre 2006, con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - Presidente

Riccardo Giani - Referendario est.

Luca Monteferrante - Referendario .

