

## Subconcessione di beni demaniali ed evidenza pubblica

di Roberto Damonte, Elisa Moro

Data di pubblicazione: 9-7-2019

a contestazione di un operatore economico privato che si assume lesa dalla mancata indizione di una procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione di un bene demaniale appartiene alle controversie di cui all'art. 133, c. 1, lett. b), del d.lgs. n. 104/2010 e dunque alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a prescindere dalle valutazioni circa l'effettiva sussistenza dell'obbligo di esperimento della gara **(1)**.

Sulla base dell'art. 4 del Codice dei contratti, come modificato dal d.lgs. n. 57/2017, le stazioni appaltanti sono tenute ad affidare anche i contratti attivi nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, ossia con modalità e logiche anche solo latamente competitive, e a non procedere a stipulazioni private senza aver prima considerato anche la posizione di altri operatori privati, dovendo in caso contrario motivare la decisione in modo stringente **(2)**.

Nei settori speciali l'obbligo dell'evidenza pubblica grava sugli enti aggiudicatori di cui all'art. 3, lett. e), punto 1.2. del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. solo se l'affidamento si pone in rapporto di strumentalità rispetto al settore di competenza **(3)**.

Qualora il soggetto concessionario-subconcedente rivesta natura meramente privata, funzionalmente e organizzativamente slegata dalla p.a., gli atti di subdisposizione dallo stesso posti in essere non soggiacciono ai limiti pubblicistici dell'evidenza pubblica.

1. conformi: Cass. civ., SS.UU., ord. 21/1/2019, n. 1543, ord. 9/8/2018, n. 20682; ord. 4/9/2018, n. 21597; TAR Sicilia, Catania, III, 15/3/2019, n. 567 (in materia di aree aeroportuali); CGARS, 23/5/2017, n. 221; Cons. St., A.P., 26 aprile 2018, n. 4 e Cons. St., III, 1/6/2018, n. 2299; TAR Lazio, III quater, 6/12/2018, n. 11828. Contrari: Cons. St., V, 18/12/2017, n. 5930 CGARS, 10/9/2010 n. 1197; Cass.civ., SS.UU. ord. 27/2/2017, n. 4884 e 19/12/2009 n. 26823.
2. conformi: TAR Lombardia, IV, 15/4/2019, n. 840; TAR Campania, Napoli, IV, 5/3/2019, n. 1254; TAR Molise, I, 28/1/2019, n. 38; CGARS 5/3/2019, n. 208; T.A.R. Milano, sez. IV, 28/01/2016, n.187. In senso restrittivo: Cons. Stato, V, 15/3/2019, n. 1704 in tema di concessioni minerarie; TAR Campania, Salerno, I, 16/5/2019, n. 770; TAR Firenze, I, 5/3/2019, n. 332. Vd. inoltre parere Cons. Stato, Comm. Speciale, 1/4/2016, n. 855.
3. conformi: Tar Lazio, III ter, 21/6/2019, n. 8146; TAR Sicilia, Palermo, III, 4/3/2019, n. 661; Cons. St., 18/12/2018, n. 7031; TAR Campania, Napoli, III, 4/2/2019, n. 611; TAR Emilia Romagna, Bologna, 21/2/2019, n. 182; TAR Lazio, III, ord. 12/7/2018, n. 7778 di rinvio alla CGE;

In dottrina: Ceruti M., *Contratti della p.a. - la natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni* in *Giurisprudenza Italiana* n. 3/2019; G. Orefice, *Concessioni di beni pubblici e riparto di giurisdizione. Regolamento preventivo di giurisdizione*, in questa Rivista; D. Bottega, *I concessionari hanno l'obbligo di affidare i nuovi contratti di lavori e di servizi mediante procedura a evidenza pubblica*, in questa Rivista; E. Raviele, *Il codice degli appalti è applicabile anche al procedimento per il rilascio di concessioni di beni del demanio marittimo in base ad un potere discrezionale dell'amministrazione procedente, purché non sia travalicato il generale canone di proporzionalità*, in questa Rivista; G. Nicodemo, *Affidamento concessioni evidenza pubblica - concessione a favore di terzi: illegittimo l'affidamento di beni pubblici senza gara* in *Giurisprudenza Italiana*, n. 10/2017; Boscolo E., *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2016; Patrito P., *Concessione di beni pubblici* in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2013.

## Guida alla lettura

La Società S. ha impugnato il contratto di subconcessione del 2013 e i successivi atti di proroga fino al dicembre 2020 intercorsi tra la Società Aeroporto di Genova e la società D. per il godimento, dietro corrispettivo, di una vasta area del demanio aeroportuale al fine di trasferirvi temporaneamente l'attività di deposito e manutenzione di contenitori.

L'assegnazione è stata contestata dalla ricorrente per violazione delle regole e dei principi di concorrenza, per destinazione dell'area a finalità estranee a quelle aeroportuali e per inammissibilità della proroga, espressamente esclusa dalla convenzione originaria.

Nel giudizio si sono costituite la Società concessionaria e la subconcessionaria eccependo la tardività del ricorso, il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo e il rigetto nel merito del ricorso.

Il TAR dichiara ricevibile il ricorso in ragione del fatto che **le singole proroghe** consistono in **autonome determinazioni lesive** della posizione di S. alla stregua di nuove subconcessioni sia pure regolamentate *per relationem* nei contenuti da quella originaria.

Viene respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo in ragione della **causa petendi**, avente ad oggetto il mancato esercizio di un potere pubblicistico, nonché in ragione dell'art. 133 co. 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2010 che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del G.a. "le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici", dunque necessariamente anche le questioni attinenti le procedure di assegnazione di tali beni.

Nel merito l'adito TAR afferma trattarsi nella fattispecie di "mera subconcessione di beni demaniali", del tutto eccentrica rispetto alle attività aeroportuali in senso stretto e a quelle ad

esse meramente strumentali.

Il TAR ritiene insussistente nella specie un rapporto di **strumentalità**, essendo gli spazi oggetto di subconcessione, destinati all'esercizio di attività che nulla hanno a che vedere con le attività aeroportuali, sia principali che strumentali, e, quindi, tali da poter essere ricondotte nell'ambito del settore speciale di propria pertinenza (c.d. attività di *aviation*).

La radicale mancanza di un **rapporto di strumentalità** della subconcessione rispetto all'attività in concessione fa sì che, in relazione allo specifico contratto, la Società Aeroporto di Genova non possa essere tenuta all'osservanza dei principi di evidenza pubblica configurandosi quale mero "ente aggiudicatore" operante nei **settori speciali** di cui al punto 1.2. dell'art. 3, lett. e), d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i..

Il che fa sì, ulteriormente che, pur trattandosi di un **contratto attivo** la Società Aeroporto non sia tenuta ad osservare i principi di evidenza pubblica di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i..

Il TAR non ritiene pertanto possa essere censurata l'omessa indicazione della gara e la stipula diretta della subconcessione con D.

In chiusura il Tribunale introduce innovativamente il concetto per cui la necessità di procedere sempre e comunque alla concessione di beni demaniali mediante procedure di evidenza pubblica o comunque competitive, può valere con riguardo alla concessione, ma non per la subconcessione laddove la questione si presenta più complessa e il subconcessionario –subconcedente può rivestire natura meramente privata, come nel caso di società che non abbia alcun vincolo funzionale e organizzativo con la p.a..

In tal caso, precisa il TAR Liguria, un eventuale atto di subdisposizione posto in essere da un soggetto meramente privato non soggiace ai limiti pubblicistici dell'evidenza pubblica.

L'argomento, che non è stato ulteriormente sviluppato in sentenza, viene poi circostanziato dal Giudice richiamando il principio di portata generale per cui per il subconcessionario privato si configura l'obbligo di rispetto delle garanzie di concorrenzialità e trasparenza solo in quanto si tratti di un soggetto cui detto obbligo è imposto dal Codice dei contratti.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

### **(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 110 del 2019, proposto da

Società Spinelli S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea D'Angelo, Giovanni Gerbi ed Emanuele Gerbi, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi in Genova, via Roma 11/1;

**contro**

Comune di Genova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Paola Pessagno e Laura Burlando, con domicilio eletto presso la civica avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

Aeroporto di Genova S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Cocchi e Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Macaggi 21 Int. 5-8;

Regione Liguria, Ente Nazionale per L'Aviazione Civile non costituiti in giudizio;

**nei confronti**

Derrick S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Munari, Alessandro Dona e Andrea Bergamino, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, Largo San Giuseppe 3/23B;

**per l'annullamento, previa sospensione,**

del "contratto di sub-concessione" 25 gennaio 2013 e di tutti gli atti successivi di proroga del termine di scadenza (quindi ed in particolare 4 giugno 2015 fino al 31 dicembre 2017; 15 o 16 gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018; 5 settembre 2018 sino al 31 dicembre 2019),

nonché per l'annullamento, previa sospensione, di ogni altro atto, comunque connesso a quelli indicati, da essi presupposto o di essi preparatorio, nessuno escluso ed in particolare il protocollo di intesa 24 gennaio 2013.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Genova, di Derrick S.r.l. e di Aeroporto di Genova S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2019 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i

difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

La società Aeroporto di Genova spa (d'ora in poi AdG), quale concessionaria (da ultimo in forza della convenzione datata 30/4/2009 stipulata con ENAC), delle aree di demanio aeroportuale, stipulava con la società Derrick srl (d'ora in poi Derrick), in data 25 gennaio 2013, accordo di "subconcessione", in forza del quale concedeva in godimento alla predetta società un'area di mq. 24.000 per la durata di tre anni, a fronte di un corrispettivo pari ad Euro 125.000,00 per il 2013 e 135.000,00 per il 2014 e 2015, oltre Istat.

Tale accordo di "subconcessione" faceva seguito al "Protocollo di intesa" stipulato da Enac, Regione Liguria, Comune di Genova, Commissario Straordinario, Aeroporto di Genova spa, in data 24.1.2013, con il quale i predetti soggetti pubblici erano divenuti ad un accordo avente ad oggetto la messa a disposizione in favore di Derrick di una parte del demanio aeroportuale delle dimensioni di circa mq 24.060 (al netto dell'area di manovra), perché la società vi trasferisse l'attività di deposito e manutenzione di contenitori spostandola dalla pregressa ubicazione in quanto quest'ultima risultava incompatibile, per ragioni di sicurezza, con il cantiere della strada relativo alle opere connesse alla realizzazione della linea ferroviaria AV/AC Genova-Milano "terzo valico dei Giovi".

Più specificamente, a fronte della prevista realizzazione di strade necessarie per il completamento della linea ferroviaria AV/AC Genova-Milano "terzo valico dei Giovi", atteso che in una delle aree interessate era localizzata l'attività industriale di rimessaggio e manutenzione di contenitori di proprietà di Derrick, ritenuta, come detto, incompatibile, per ragioni di sicurezza, con il cantiere della strada, i predetti Enti avevano individuato l'area aeroportuale sopra indicata in quanto <<per dimensioni e collegamenti infrastrutturali, costituiva l'unica temporanea alternativa possibile>> alla localizzazione di Derrick.

La "subconcessione" veniva, quindi, prorogata/rinnovata più volte: con atto datato 4.6.2015, fino al 31.12.2017; con atto datato 15-16 gennaio 2018 fino al 31.12.2018; con atto datato 5.9.2018 fino al 31.12.2019.

Con atto datato 7 settembre 2018 Derrick chiedeva, peraltro, <<la proroga del termine di scadenza della sub-concessione stessa per ulteriori 12 mesi decorrenti dalla data di scadenza attualmente prevista (i. e. 31.12.2018) e, quindi, sino al 31.12.2019, rinnovabile per un ulteriore periodo pari a 12 mesi e, quindi, sino al 31.12.2020>>.

Con ricorso depositato in data 18.2.2019 la società Spinelli srl (d'ora in poi Spinelli) impugnava, chiedendone l'annullamento:

- il "contratto di sub-concessione" datato 25 gennaio 2013;
- tutti gli atti successivi di proroga del termine di scadenza (quindi ed in particolare 4 giugno 2015 fino al 31 dicembre 2017; 15 o 16 gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018; 5 settembre 2018 sino al 31 dicembre 2019);
- ogni altro atto, comunque connesso con quelli indicati, da essi presupposto o di essi preparatorio, nessuno escluso ed in particolare del protocollo di intesa datato 24 gennaio 2013.

A fondamento del ricorso, Spinelli deduceva il seguente motivo: violazione dell'art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, dell'art. 37, r.d. 23 maggio 1924 n. 827 e degli artt. 692, 704 e 705 del Codice della Navigazione; violazione dei principî generali di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione; violazione degli artt. 3, 49 e segg. 101, 102 e 106 del T.F.U.E.; difetto di motivazione; difetto di presupposto; immotivata contraddittorietà con atto precedente; violazione del protocollo di intesa ad opera degli atti successivi.

In particolare, secondo parte ricorrente gli atti impugnati sarebbero illegittimi per violazione delle regole e dei principi in materia di concorrenza, in quanto nessuno di essi era stato preceduto da pubblicazione di bando e da procedura di evidenza pubblica, nonostante la AdG fosse soggetto tenuto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, trattandosi di organismo di diritto pubblico e le aree attribuite alla disponibilità di Derrick integrassero demanio aeroportuale (ex art. 692 Cod. Nav.).

Inoltre, secondo Spinelli:

- il "protocollo di intesa", datato 24 gennaio 2013, sarebbe illegittimo in quanto gli Enti sottoscrittori non avevano alcun titolo di disporre del demanio aeroportuale nel senso che una cospicua porzione di esso venisse direttamente assegnata ad un operatore privato per finalità che nulla avevano a che vedere con quelle aeroportuali;
- il contratto di sub-concessione sarebbe invalido perché, pur essendo stato previsto nel protocollo d'Intesa che lo stesso non poteva avere durata "superiore ad anni due" e doveva avere "scadenza al 31/1/2015", appena il giorno dopo, era stato stipulato, senza alcuna "motivazione", un accordo per la durata di tre anni, per di più senza le necessarie ulteriori autorizzazioni da parte di Enac;
- le ulteriori proroghe sarebbero illegittime in quanto il protocollo di intesa precisava che il termine finale del 31 gennaio 2015 doveva ritenersi improrogabile.

Si costituivano in giudizio AdG e Derrick eccependo il difetto di giurisdizione e l'inammissibilità e infondatezza del ricorso e chiedendone comunque il rigetto.

Si costituiva in giudizio, altresì, il Comune di Genova, contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone, comunque, il rigetto.

L'intestato TAR, con ordinanza n. 65/19 del 13.3.2019, respingeva l'istanza cautelare formulata da parte ricorrente.

Le parti depositavano memorie difensive.

All'udienza del 5.6.2019 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

### 1. Preliminarmente.

Prima di affrontare le questioni pregiudiziali e di merito sottoposte dalle parti all'esame del Collegio è opportuno precisare alcuni elementi in fatto.

Con il protocollo di intesa più volte citato, datato 25.2.2013, gli Enti firmatari hanno dato conto del fatto che:

- quella concordemente individuata era <<l'unica temporanea alternativa praticabile>>, per esclusive ragioni di preminente interesse pubblico;
- l'area sarebbe stata <<eccezionalmente e temporaneamente utilizzata dal subconcessionario>>;
- il subconcessionario si impegnava a riconsegnare l'area <<....comunque entro e non oltre il 31.12.2015>>;
- l'affidamento sarebbe avvenuto tramite la stipula di un apposito contratto di subconcessione con durata di due anni, a decorrere dal 1.2.2013 con scadenza il 31.1.2015, <<senza necessità di disdetta e senza possibilità di proroghe>>;
- Regione Liguria e Comune di Genova si impegnavano a garantire che l'occupazione dell'area venisse <<contenuta nei limiti temporali indicati al precedente art. 1, assicurando l'individuazione di soluzioni alternative, qualora, per motivi non prevedibili il subconcessionario non potesse rientrare all'interno delle proprie aree interessate dai lavori nel Comune di Genova>>.

AdG, come sopra detto, pacificamente, non solo ha prestato il proprio consenso alla soluzione

adottata nell'ambito del predetto protocollo, ma ha, altresì, continuato a prorogare la subconcessione in favore di Derrick.

A questo proposito, occorre rammentare che la convenzione del 30.4.2009 di affidamento ad AdG della concessione per la progettazione sviluppo, realizzazione adeguamento, gestione, manutenzione e uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali, comprensivi dei beni demaniali, nell'aeroporto di Genova-Sestri, stipulata con Enac prevede, per quanto di interesse:

- che la concessionaria ha il compito di amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture portuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto;
- che la concessionaria gestisce l'aeroporto quale complesso di beni, attività e servizi organizzati, finalizzati direttamente o indirettamente alla regolarità del trasporto aereo, alla piena funzionalità ed efficienza degli impianti ed alla complessiva sicurezza operativa, al cui soddisfacimento deve essere prioritariamente teso l'utilizzo dei beni e delle risorse affidate, ferme restando le responsabilità proprie degli altri soggetti presenti nell'aeroporto e l'obbligo della Concessionaria di provvedere alla definizione di tutte le procedure per la loro correlazione funzionale, come da certificazione aeroportuale;
- che la concessionaria è responsabile della conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili, degli impianti e delle infrastrutture concernenti l'attività di gestione;
- che la concessionaria definisce ed attua le politiche commerciali per lo sviluppo dell'aeroporto, anche in relazione alle esigenze del bacino di traffico servito;
- che è consentito, previa autorizzazione dell'E.N.A.C. l'affidamento in subconcessione di aree e locali destinati alle attività aeronautiche;
- che è consentito, previa comunicazione scritta all'E.N.A.C. l'affidamento in subconcessione di aree e locali destinati alle altre attività intendendosi come tali le attività commerciali, la logistica e quelle finalizzate alla somministrazione di utenze e servizi a soggetti pubblici e privati, nel rispetto dei piani di utilizzo approvati dall'E.N.A.C.;
- che la concessionaria provvede, tra le altre cose, <<a gestire l'aeroporto quale complesso di beni, attività e servizi organizzati destinati direttamente o indirettamente alle attività aeronautiche...assicurando altresì lo svolgimento dell'attività di aviazione generale...; a organizzare e gestire l'impresa aeroportuale garantendo l'efficiente e ottimale utilizzazione delle risorse disponibili per la produzione di attività e di servizi di adeguato libello qualitativo, conformi alle vigenti disposizioni di settore>>;
- che la gestione totale dell'aeroporto comporta l'uso da parte della concessionaria delle aree e degli immobili e degli impianti facenti parte del sedime aeroportuale, tanto che, per l'intera durata della concessione, la concessionaria è considerata "ente proprietario" ai sensi e per gli

effetti previsti dal codice della strada e del relativo regolamento.

1.1. Nel caso che ci occupa, la parte di sedime demaniale aeroportuale messa a disposizione di Derrick in subconcessione è stata così destinata ad un utilizzo che nulla ha a che vedere tanto con le attività e i servizi tipici e qualificanti le “attività aeronautiche” in senso stretto, quanto con le “altre attività” definite dall’art. 2 della convenzione come appena sopra ricordato.

Infatti, con la subconcessione in contestazione il sedime demaniale è stato vincolato ad un utilizzo del tutto “estraneo” alla destinazione aeroportuale impressa con la convenzione del 30.4.2009.

Il titolo legittimante tale deroga, nei rapporti tra l’Ente concedente e AdG, quale concessionaria, tale per cui quest’ultima non può in alcun modo essere considerata inadempiente rispetto agli obblighi indicati in convenzione, è l’assenso dato da ENAC ab origine con la sottoscrizione del protocollo di intesa e, successivamente, con riguardo agli specifici atti di proroga che si sono susseguiti nel tempo.

1.2. Il fatto che i beni oggetto della subconcessione siano stati fatti così oggetto di una destinazione del tutto eccentrica rispetto alle attività caratteristiche e a quelle strumentali all’esercizio dell’impresa aeroportuale nel suo complesso, consente di comprendere come nel caso di specie non siamo in presenza di una subconcessione di servizi, ma di una mera e specifica subconcessione di beni pubblici.

2. In via pregiudiziale: in ordine all’eccezione di inammissibilità sollevata da parte resistente e controinteressata.

Tanto AdG quanto Derrick hanno eccepito che Spinelli avrebbe avuto piena conoscenza della situazione pertinente le aree oggetto di contestazione e delle subconcessioni assentite in favore di Derrick, in epoca anteriore a 60 gg, rispetto alla notifica del ricorso, con conseguente irricevibilità di quest’ultimo per tardività.

Ciò, in particolare, in considerazione delle note di AdG del 9.9.2016 e 20.11.2017.

Al riguardo, risulta, documentalmente, che in data 23.6.2016 Spinelli ha avanzato formale istanza ad AdG per ottenere in subconcessione le aree oggetto di contestazione.

A detta istanza AdG ha risposto con nota 9.9.2016, affermando l’impossibilità di accoglimento non solo per gli atti di subconcessione già assentiti a Derrick, ma anche per la loro diversa funzione secondo il piano regolatore aeroportuale.

In particolare AdG ha specificato a Spinelli che la richiesta di concessione dell’area demaniale da quest’ultima avanzata non era assentibile in quanto:

- da un lato, l’area predetta era destinata a polo di interscambio, incompatibile con la funzione proposta;

- dall'altro lato, l'area era stata temporaneamente data in subconcessione fino al 31.12.2017 a Derrick in attuazione del protocollo di intesa a suo tempo stipulato con regione Liguria, Comune di Genova, Commissario Straordinario al Terzo Valcio, Enac e AdG.;

- inoltre, un nuovo affidamento in subconcessione non avrebbe potuto non essere sottoposto a procedura selettiva comparativa improntata a principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità.

Nuovamente, Spinelli ha rivolto istanza in data 9.2.2017 parimenti respinta da AdG con nota del 20.11.2017.

In considerazione di quanto sopra ricordato, Spinelli, a seguito delle citate missive, ben avrebbe potuto agire in giudizio, previo eventuale accesso agli atti: anche considerando, a tal fine, il tempo necessario per l'esercizio del diritto di accesso, in modo da avere la compiuta conoscenza di tutti gli atti (subconcessione, protocollo di intesa e proroghe) asseritamente lesivi, la contestazione, con il ricorso oggetto del presente giudizio, notificato in data 5.2.2019, avverso gli atti anteriori alle proroghe datate 15/16 gennaio 2018 e 5 settembre 2018, deve ritenersi irricevibile.

Diversamente, atteso che gli atti di proroga da ultimo citati consistono in autonome determinazioni lesive della posizione vantata da parte ricorrente, alla stregua di una "nuova subconcessione" sia pure regolamentata, per relationem, nei contenuti, da quella originaria, da un lato, sussiste l'interesse di Spinelli ad impugnarli, dall'altro lato, il ricorso risulta tempestivo non essendo stato dimostrato che, con riferimento a detti atti, la ricorrente avesse avuto una conoscenza anteriore rispetto al termine idoneo a introdurre validamente il presente giudizio.

Al riguardo, va rammentato l'insegnamento secondo il quale la mancata impugnazione degli atti precedenti non permette di considerare che la ricorrente abbia <<prestato l'assenso ad ogni successiva convenzione capace di escludere la possibilità di concorrere alla nuova assegnazione delle aree contestate>> (T.A.R. Liguria, 29.4.2015, n. 413) tenuto anche in considerazione il principio secondo il quale <<l'accertamento sull'acquiescenza, intesa come accettazione espressa o tacita del provvedimento lesivo, dal momento che incide sul fondamentale diritto di agire in giudizio, deve essere accurato ed esauriente e svolgersi sulla base di tutti i dati che caratterizzano la situazione, dalla quale deve dunque risultare senza alcuna incertezza la presenza di una intenzione chiara e definitiva di non rimettere in discussione l'atto lesivo: segue da ciò che l'acquiescenza a un provvedimento amministrativo si verifica solo in presenza di atti, comportamenti o dichiarazioni univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto>> (C. Stato, 25.8.2017, n. 4075).

Per contro, a nulla rileva il fatto che AdG abbia precedentemente affermato che "l'area predetta era destinata a polo di interscambio, incompatibile con la funzione proposta" da Spinelli, in quanto, in linea di principio, le aree in contestazione, così come sono state destinate temporaneamente ad un utilizzo "eccentrico" – per le ragioni sopra ricordate – rispetto alle attività aeroportuali in favore di Derrick, ben avrebbero potuto, in via astratta, essere nuovamente richieste in uso da Spinelli, la cui attività imprenditoriale è connotata dalle medesime esigenze e caratteristiche di quella svolta da Derrick, fermo restando, peraltro,

anche l'interesse che Spinelli può vantare affinché un diretto "competitor" sul medesimo mercato non si avvantaggi di eventuali illegittimi atti o provvedimenti amministrativi posti in essere in suo favore, idonei ad incidere potenzialmente sulla competitività degli operatori di mercato.

Peraltro, i predetti dinieghi sopra ricordati non possono ritenersi aver "consolidato" il provvedimento di rigetto a danno di parte ricorrente, atteso che, da un lato, l'aver nuovamente AdG prorogato la concessione in favore di Derrick dimostra la potenziale disponibilità dell'area per utilizzi diversi da quelli aeroportuali, e, dall'altro lato, in quanto, stante l'autonomia delle singole proroghe e delle istanze annuali di concessione, le ragioni addotte da AdG al fondamento del diniego potrebbero teoricamente non essere attuali.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, il ricorso deve essere solo parzialmente, e nei limiti sopra indicati, dichiarato irricevibile.

## 2.1. Ancora in via pregiudiziale: in punto giurisdizione.

Tanto AdG, quanto Derrick hanno eccepito il difetto di giurisdizione dell'intestato TAR, in quanto, trattandosi di subconcessione di aree del demanio aeroportuale non destinate direttamente all'attività aeronautica, ma a servizi commerciali, logistici e/o servizi pubblici e privati, la relativa controversia non sarebbe sottoposta alle regole proprie della evidenza pubblica, con conseguente difetto di giurisdizione della G.A; inoltre, secondo le predette parti, non essendo AdG un "organismo di diritto pubblico", ma una "impresa pubblica" e, quindi, non sussistendo l'obbligo per la predetta società di agire mediante procedure di evidenza pubblica, si verserebbe in una ipotesi estranea all'ambito di operatività della giurisdizione amministrativa.

Secondo parte ricorrente, invece, poiché AdG sarebbe qualificabile in termini di organismo di diritto pubblico come tale tenuto a svolgere una procedura di evidenza pubblica a tutela, tra l'altro, della concorrenza, il mancato esperimento della gara con riguardo alla concessione demaniale in oggetto costituirebbe questione rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo.

E' principio condiviso e pacifico quello secondo il quale <<ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il "petitum" sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio>> (Cass. civ., sez. un., 07/09/2018, n. 21928; nello stesso senso, C. Stato, sez. V, 29/10/2018, n. 6134).

Al riguardo, occorre premettere che, come accennato, parte ricorrente lamenta il mancato rispetto dei principi di evidenza pubblica e di concorrenza per avere AdG concesso per oltre 6 anni a Derrick spazi nell'area aeroportuale, come tali demaniali, senza previa procedura di selezione e gara tra i possibili soggetti di mercato interessato, da ultimo prorogando una concessione nonostante il protocollo di intesa del 2013 ne sancisse l'improrogabilità e la

scadenza precisa al 31.12.2015.

Ebbene, il Collegio, ben conosce l'orientamento giurisprudenziale, citato in particolare da parte resistente e controinteressata negli atti difensivi del presente processo, secondo il quale la diversa natura del soggetto "concedente" (se sia cioè o meno organismo di diritto pubblico) e, quindi, la sussistenza in concreto dell'obbligo di agire secondo i criteri dell'evidenza pubblica, con riguardo alla scelta del concessionario, inciderebbe già in punto giurisdizione.

D'altronde, il Collegio non condivide tale approccio interpretativo.

Infatti, certamente il giudice adito non può fondare la propria decisione sul mero fatto che il ricorrente qualifichi in termini di "esercizio di potere pubblico" e, quindi, di interesse legittimo una posizione che, già per come viene dedotta, risulta essere una fattispecie in cui vengono in gioco diritti soggettivi essendo carente del tutto il potere autoritativo della P.A.

D'altronde, laddove, come nel caso di specie, la descrizione della causa petendi sia tale da configurare una fattispecie nella quale ciò che viene contestato è l'asseritamente illegittimo mancato esercizio di un potere di natura sostanzialmente pubblicistica (indizione della gara) da parte di un soggetto che si assume essere a ciò obbligato (perché ritenuto un organismo di diritto pubblico), il fatto che in concreto tale obbligo non sussista è una questione di merito che non incide sul fatto che la causa petendi dedotta sia chiaramente riconducibile alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

In tal senso, già solo sulla scorta delle considerazioni che precedono deve ritenersi sussistere la giurisdizione dell'intestato Tar a prescindere dalle valutazioni nel merito che verranno in seguito effettuate.

Se ciò non bastasse, peraltro, avendo il presente giudizio ad oggetto una fattispecie concernente un'ipotesi di concessione di beni pubblici demaniali - anche se si tratta di una subconcessione - la contestazione relativa all'asserito pregiudizio subito dal terzo operatore privato per la mancata indizione di procedura di evidenza pubblica rientra certamente nell'alveo della previsione dell'art. 133 co. 1 lett. b), fatta salva, anche in tal caso, ogni valutazione nel merito in ordine alla sussistenza o meno in concreto dell'obbligo da parte del concessionario di esperire una gara per la scelta del subconcessionario.

Pertanto, l'eccezione di difetto di giurisdizione deve essere respinta.

### 3. Nel merito.

Al fine di comprendere se e in quali limiti un soggetto formalmente privato e concessionario di beni pubblici demaniali sia tenuto o meno a rispettare i vincoli e le regole dell'evidenza pubblica e, più in generale, stabiliti dal codice dei contratti pubblici, in conformità alle previsioni europee, è necessario comprendere, prima ancora dell'effettiva natura del soggetto privato concedente, la categoria o tipologia "negoziale" del contratto di subconcessione di beni

demaniali.

Come si è detto, infatti, nel caso di specie, non viene in esame un'ipotesi di concessione di beni strumentale ad una particolare concessione di servizi, e ciò in quanto la destinazione che è stata impressa agli spazi demaniali messi a disposizione di Derrick è del tutto eccentrica rispetto alle attività aeroportuali in senso stretto e a quelle ad esse meramente strumentali (come quelle logistiche), sicchè si verte in un'ipotesi di "mera" subconcessione di beni demaniali.

A questo proposito, nel parere n. 855 del 2016 il Consiglio di Stato aveva sottolineato che il d.lgs. n. 50 del 2016 non era intervenuto sulle disposizioni relative ai contratti pubblici contenute nella legislazione di contabilità di Stato del 1923-1924: conseguentemente, il Consiglio raccomandava, in sede di successivo correttivo, il completo riordino della materia, con un assorbimento nel nuovo Codice di quelle norme ritenute ancora di perdurante attualità, ovvero con la loro abrogazione espressa (artt. 3-21, r.d. n. 2440 del 1923; artt. 36-123, r.d. n. 827 del 1924).

La legislazione contabile "storica", infatti, prendeva in considerazione tanto i c.d. contratti passivi – che sono quelli disciplinati oggi in via sostanzialmente principale dal d.lgs. n. 50 del 2016 – sia i contratti c.d. attivi, i quali ultimi non erano stati presi in considerazione nella prima "versione" del c.d. codice dei contratti pubblici. Nel parere, peraltro, il Consiglio di Stato, aveva ritenuto che si dovessero applicare, per "analogia", anche ai contratti attivi i principi del Codice a tutela della concorrenza, pur auspicando, sul punto, un intervento legislativo.

Il "principio dell'asta pubblica" per i contratti attivi e per quelli passivi, infatti, era già stato sancito normativamente dalla legge generale sulla contabilità dello Stato del 1923, ex art. 3, comma 1, a norma del quale "i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti salvo che, per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione privata ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata". Ai sensi dell'art. 37, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (recante "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato"), poi, <<tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli>>. Ai sensi del comma 2 del medesimo art. 3, "i contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione".

Sulla base del suddetto principio, la concessione di un terreno demaniale avrebbe dovuto avvenire mediante l'espletamento di una gara pubblica, secondo, quindi, trasparenti procedure concorsuali. Ciò nel rispetto dei principi di imparzialità, di economicità, di convenienza e di trasparenza, garantiti da adeguate forme di pubblicità e da procedure concorsuali ai sensi dell'art. 3, comma 1, r.d. n. 2440 del 1923, al fine di realizzare gli interessi dell'erario e dei privati.

Il legislatore è opportunamente intervenuto, con il d.lgs. n. 57 del 19 aprile 2017, a modificare l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedendo che anche per i contratti attivi, pur rientrando gli stessi tra i contratti "esclusi" dall'integrale applicazione delle disposizioni del codice dei contratti, <<l'affidamento dei contratti...avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica>>.

Il preciso riferimento ai "contratti attivi" tra quelli "nominati" nel Codice, anche se tra i contratti esclusi, comporta, da un lato, che i principi indicati all'art. 4 diventano immediatamente precettivi e, dall'altro lato, che tale regime si applica nei confronti di tutte le stazioni appaltanti (amministrazioni aggiudicatrici, organismi di diritto pubblico, secondo le regole stabilite dal Codice) e non solo dei soggetti sottoposti alla disciplina contabile.

Poiché la concessione di un bene demaniale rientra tra le ipotesi di "contratti attivi", la fattispecie in esame va sussunta nell'ambito di applicabilità dell'art. 4, d.lgs. 50 del 2016, come modificato, il quale, nel richiedere il rispetto dei principi sopra estesi, in buona sostanza impone ai soggetti "affidanti" di scegliere il contraente con modalità e logiche in ogni caso di tipo anche solo latamente competitive e, in negativo, di non procedere ad una stipula privata senza aver preso in considerazione anche la posizione di altri operatori privati, dovendo in caso contrario motivare la decisione in modo stringente.

Presupposto necessario, però, affinché tale obbligo/onere in capo al soggetto affidante possa dirsi operante è che quest'ultimo sia un soggetto tenuto, per le sue caratteristiche soggettive e/o oggettive, secondo gli stessi dettami del codice dei contratti, al rispetto dei principi indicati dall'art. 4 stesso.

Occorre, quindi, chiedersi se nel caso di specie AdG sia un soggetto tenuto alla tutela dei principi indicati dalla predetta norma nella scelta del subconcessionario.

E' indubbio che tale obbligo sussiste in capo ai c.d. organismi di diritto pubblico, con tale espressione intendendosi, ai sensi dell'art. 3, lett. d), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:

- 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- 2) dotato di personalità giuridica;
- 3) 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 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".

I menzionati requisiti, ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico,

devono sussistere cumulativamente (Cons. Stato, V, 30 gennaio 2013, n. 570; VI, 27 dicembre 2011, n. 6835; Cass. Civ. SS. UU., 9 maggio 2011, n. 10068; Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-393/06), con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel precedente punto 3), è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati.

Ciò posto deve ritenersi, diversamente da quanto dedotto da parte ricorrente, che AdG non possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico perché priva del requisito di cui al punto 1) del menzionato art. 3 (c.d. requisito teleologico), non risultando la stessa costituita "per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale".

Il costante orientamento giurisprudenziale, sia nazionale sia eurounitario è nel senso che l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche", quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5930; 26 luglio 2016, n. 3345, 30 gennaio 2013, n. 570; Cass. Civ., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770; 9 maggio 2011, n. 10068 e 7 aprile 2010, n. 8225; Corte Giustizia UE 5 ottobre 2017, C-567/15; 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 e 10 novembre 1998, C-360/96).

Dirimente è allora l'ambito di mercato nel quale Aeroporto di Genova si trova ad operare perché la figura dell'organismo pubblico non ricorre allorché il soggetto eserciti la sua missione in un contesto economico concorrenziale con i privati e non usufruisca di misure pubbliche che lo preservino dal rischio di impresa.

Orbene, in mancanza di prova contraria, AdG spa è soggetto che agisce in un mercato, quello dei servizi aeroportuali, di natura marcatamente economica e concorrenziale, senza che risulti alcun elemento per affermare che AdG sia beneficiaria di misure pubbliche tali da preservarla dal rischio di impresa.

La gestione di un'infrastruttura quale un aeroporto incontra un'offerta di servizi di carattere commerciale proveniente dagli operatori del settore - in primis le compagnie aeree e quindi gli utenti di queste ultime - suscettibile di essere assicurata in condizioni di equilibrio economico, senza la necessità di sovvenzioni pubbliche. Per altro verso è del pari evidente che la conduzione di un aeroporto si colloca nell'ambito di un mercato di stampo concorrenziale, nel quale il singolo operatore si trova a competere con i gestori di aeroporti vicini aventi caratteristiche simili, sui quali la domanda dei vettori aerei può indirizzarsi.

Il fatto poi che la costituzione e l'attività della società sia, in un'ottica finalistica, destinata a soddisfare l'interesse generale alla mobilità, non fa venir meno il carattere "commerciale" delle modalità di svolgimento dell'attività stessa.

AdG va, pertanto, ricompresa nella categoria degli "enti aggiudicatori" di cui al punto 1.2. dell'art. 3, lett. e) al codice dei contratti pubblici che contempla quei soggetti che "pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra

quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente".

Al riguardo, gli operatori di cui al citato punto 1.2. sono tenuti ad applicare le norme del codice dei contratti pubblici (per la parte relativa ai settori speciali) solo se l'affidamento si pone in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore speciale di pertinenza.

AdG opera nel settore speciale di cui all'art. 119 del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale: <<1. le norme del presente capo si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali>>.

Conseguentemente, la ricorrenza del ricordato rapporto di strumentalità va appurata, per quanto qui rileva, rispetto all'attività concernente lo sfruttamento del sedime aeroportuale per il funzionamento della relativa struttura.

Devono, quindi, ritenersi incluse nel perimetro di cui al trascritto art. 119 tutte le attività necessarie a soddisfare le esigenze del traffico aereo, dal momento dell'atterraggio a quello del decollo, nonché quelle immediatamente e direttamente correlate allo svolgimento del servizio di trasporto, che riguardano merci e passeggeri.

Al riguardo, peraltro, in base ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale, la nozione di strumentalità deve essere intesa in senso restrittivo (Cons. Stato, A.P. 1° agosto 2011, n. 16; V 26 maggio 2015, n. 2639; Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-393/06).

Nel caso di specie, come si è già più volte sottolineato, gli spazi oggetto di subconcessione sono destinati all'esercizio da parte di spazio Derrick di attività che nulla hanno a che vedere con le attività portuali, sia principali che strumentali, e, quindi, tali da poter essere ricondotte nell'ambito del settore speciale di propria pertinenza (c.d. attività di "aviation").

Ne consegue che, non potendo AdG essere considerato un soggetto "aggiudicatore" ai sensi del d.lgs. 50 del 2016, il relativo art. 4 non trova applicazione e, pertanto, non può essere censurata l'omessa indicazione della gara e la stipula diretta della subconcessione con Derrick.

La ricostruzione della fattispecie come sopra offerta non è messa in discussione dal fatto che AdG si è determinata a stipulare la subconcessione, prima, e le proroghe, dopo, su richiesta di vari enti pubblici (in particolare il Comune di Genova e la Regione Liguria), in quanto, a ben vedere, la soluzione che ha portato AdG a mettere a disposizione di Derrick le aree in contestazione risulta essere stata non imposta ad AdG, ma dalla stessa autonomamente e volontariamente accettata mediante la sottoscrizione del protocollo di intesa, a monte, con una manifestazione di volontà chiaramente di natura negoziale cui hanno fatto seguito gli ulteriori comportamenti volontari, sempre di natura negoziali, aventi ad oggetto gli atti di proroga delle subconcessioni.

Peraltro, se anche si prendessero in considerazione i principi e le norme più sopra ricordate in materia "contabile", nel caso di specie può dirsi che la deroga alla regola generale è stata

motivata dalle particolari necessità che hanno dato origine alla stipula del più volte citato protocollo di intesa, necessità ritenute sussistenti anche successivamente da Enac e da AdG, nonostante il protocollo originario avesse, come si è visto più sopra, previsto la temporaneità e non prorogabilità della subconcessione.

Peraltro, sotto il profilo in esame, è fondamentale sottolineare come il ragionamento svolto da parte ricorrente in ordine alla necessità sempre e comunque di procedere alla concessione di beni demaniali mediante procedure di evidenza pubblica o comunque competitive, può valere con riguardo alla “concessione”, laddove la questione si presenta decisamente più complessa per la “sub-concessione”: in tal ultima ipotesi, infatti, il soggetto concessionario-subconcedente può rivestire natura meramente privata come nel caso di una società che non solo sotto il profilo funzionale, ma anche organizzativo, non abbia alcun “legame” con la P.A.

In tal caso, fermi i vincoli connessi alle previsioni convenzionali nel rapporto con l'Ente concedente, un eventuale atto di “sub-disposizione” posto in essere da un soggetto meramente privato non soggiace ai limiti pubblicistici dell'evidenza pubblica.

Ecco, quindi, che per il sub-concessionario, soggetto formalmente privato, come AdG, in tanto può configurarsi l'obbligo di rispetto delle garanzie di concorrenzialità e trasparenza da salvaguardare mediante l'evidenza pubblica, in quanto si tratti di un soggetto cui detto obbligo è imposto dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

Poiché, come sopra esposto, AdG non può essere annoverata nell'ambito di tale tipologia di “soggetti”, anche questo profilo di censura non è fondato.

Pertanto, alla luce di tutto quanto fin qui detto, il ricorso deve essere respinto.

4. In considerazione della particolarità e novità della controversia, le spese di lite devono essere integralmente compensate tra le parti in causa.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) in parte lo dichiara irricevibile e in parte lo respinge per le ragioni indicate in parte motiva;
- 2) compensa integralmente le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:



Paolo Peruggia,           Presidente FF

Richard Goso,           Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore