



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 758

del 13 luglio 2016

Fascicolo n. 2478/2015

Oggetto: Gestione del sistema aeroportuale della Capitale (Aeroporti di Fiumicino e Ciampino) con particolare riguardo al regime dei beni destinati ai servizi commerciali”.

Riferimenti normativi: legge 10 novembre 1973, n. 755; Convenzione n. 2820/74, approvata con DM del 1° luglio 1974; art. 14, comma 3 del D.L. 11 luglio 1992, n. 333 convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359; art. 10, co.1, della legge 5 marzo 2001, n. 57; decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; D.L. n. 78/2009, convertito in legge n. 102/2009; Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2012 di approvazione dell’Atto unico costituito dalla Convenzione per la gestione totale fino al 2044 del sistema aeroportuale romano (Titolo I) e dal Contratto di programma in deroga (Titolo II) e relativi allegati; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27; direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione; decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto l’articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all’Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Vista la relazione dell’ufficio Vigilanza Servizi e Forniture del 3 marzo 2016;

Viste le controdeduzioni di ADR di cui alle note nn. 57793 dell’11 aprile 2016 e 66189 del 26 aprile 2016;

Viste le controdeduzioni dell’Associazione FuoriPISTA di cui alle note nn. 59805 del 14 aprile 2016 e 96203 del 17 giugno 2016;

Viste le controdeduzioni di ENAC di cui alla nota n. 104929 del 6 luglio 2016;

Vista la relazione dell’ufficio Vigilanza Servizi e Forniture dell’11 luglio 2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ritenuto in fatto

I. PREMESSA

Esposto dell'Associazione FuoriPISTA

A seguito dell'esposto dell'Associazione FuoriPISTA, con nota n. 80179 del 26 giugno 2015 è stato avviato uno specifico procedimento di vigilanza nei confronti della società in indirizzo.

Con l'esposto, si contestano alcuni aspetti dell'Atto unico di Convenzione per la gestione del sistema aeroportuale della Capitale e Contratto di programma, adottato ai sensi dell'art. 17, comma 34 bis, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, in legge 3 agosto 2009, n. 102, stipulato in data 25 ottobre 2012 tra ENAC (concedente) e la Società Aeroporti di Roma S.p.A. – ADR (concessionario), e approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2012.

In particolare, gli esponenti hanno denunciato l'assenza di una procedura competitiva nell'individuazione del concessionario, contravvenendo così ai principi di concorrenza e trasparenza; del pari considerano illegittima la proroga della concessione in essere, che sarebbe dovuta terminare al 30 giugno 2009, ma è stata prorogata di ulteriori 35 anni, con scadenza al 30 giugno 2044, per una durata complessiva di 70 anni.

Gli stessi si dolgono inoltre delle modalità di finanziamento delle opere previste; il sistema degli aumenti tariffati, come disciplinato dal Titolo II "Contratto di programma e regolazione tariffaria", artt. 21 e ss., dell'Atto unico Convenzione – Contratto di programma, favorirebbe, a loro dire, in chiave anticoncorrenziale, la posizione del gestore aeroportuale, monopolista naturale.

Gli esponenti contestano, ulteriormente, il calcolo degli indennizzi e delle penali in caso di revoca per ragioni di interesse pubblico, risoluzione o decadenza per grave inadempimento del concessionario (cfr. artt. 16 e ss.).

Interrogazione 5-05598 dell'On. Anzaldi. Interrogazione 5-05639 dell'On. Bonaccorsi

Oltre a ciò, sono state esaminate le interrogazioni degli On.li Anzaldi e Bonaccorsi, i quali reclamano maggiore chiarezza sulla natura giuridica dei rapporti intercorrenti tra lo Stato concedente e la società concessionaria e tra questa e i sub concessionari e contestano, ulteriormente, l'esiguità dell'importo del canone dovuto dal concessionario ADR al concedente ENAC in proporzione a quelli dei canoni richiesti dal gestore aeroportuale ai terzi sub concessionari.

La relazione di ADR S.p.A.

In data 20 luglio 2015 è pervenuta la relazione di ADR S.p.A. con la quale il gestore del sistema aeroportuale della capitale afferma, in via preliminare, la natura interamente privatistica delle sub concessioni in parola, come disciplinate dall'art. 4 della legge n. 755 del 1973, recante "Gestione unitaria del sistema aeroportuale della capitale e costruzione di una nuova aerostazione nell'aeroporto intercontinentale "Leonardo da Vinci" di Roma-Fiumicino" e dall'art. 4 della Convenzione per la gestione del sistema aeroportuale della Capitale e Contratto di programma, costituenti l'Atto unico, approvato con DPCM del 21 dicembre 2012.

Evidenzia, inoltre, che tali contratti non sono neanche qualificabili come vere e proprie subconcessioni demaniali e che, conseguentemente, la rilevata assenza di profili pubblicistici



Autorità Nazionale Anticorruzione

inciderebbe sulla stessa configurabilità del potere di vigilanza in capo ad ANAC relativamente alle figure contrattuali sopra menzionate.

Aggiunge, infine, che pur non essendo tenuta - per gli affidamenti in esame - all'osservanza delle regole in materia di evidenza pubblica dettate dal D.lgs. n. 163/2006, si è dotata di procedure interne volte a garantire che i singoli affidamenti relativi ad aree del sedime aeroportuale, ancorché destinati allo svolgimento di attività commerciali (non aviation), avvengano nel più ampio rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Comunicazione delle risultanze istruttorie

Relativamente all'indagine in oggetto, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 marzo 2016 ha esaminato le risultanze dell'istruttoria autorizzando la loro trasmissione all'Associazione esponente e alla società ADR nonché - per opportuna conoscenza - all'ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e al MIT (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

L'istruttoria affronta sinteticamente le principali deroghe all'Atto unico costituito dalla Convenzione per la gestione totale fino al 2044 del sistema aeroportuale romano (Titolo I) e dal Contratto di programma in deroga (Titolo II) al fine di chiarire che i poteri di vigilanza così per gli aspetti contrattuali come per quelli tariffari restano attribuiti - per i contratti di programma in deroga (Roma, Milano e Venezia) - al concedente ENAC¹, a differenza dei contratti di programma ordinari che, ai sensi dell'art. 71, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, sono stati assegnati - relativamente ai profili tariffari - all'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

Un'ampia e approfondita disamina è invece dedicata all'analisi del regime dei beni destinati ai servizi commerciali con particolare riferimento alla natura giuridica del rapporto intercorrente tra concessionario e subconcessionario e alle modalità di affidamento delle subconcessioni anche alla luce della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

L'attività di vigilanza ha inoltre comportato l'analisi della struttura del canone dovuto da ADR al concedente ENAC e del calcolo dei canoni subconcessori versati ad ADR dai subconcessionari.

Il procedimento istruttorio ha infine segnalato le criticità legate all'espletamento di procedure di affidamento in cui la società appaltante e una delle concorrenti appartengono allo stesso gruppo.

Controdeduzioni di ADR

Relativamente all'affidamento diretto della concessione (*rectius* concessione *ex lege*), ADR sostiene che la stessa è stata affidata secondo una procedura c.d. "a doppio getto" competitiva e trasparente, attraverso il processo di privatizzazione di Aeroporti di Roma S.p.A.², rendendo così pienamente "proporzionata" la durata complessiva della concessione.

¹ Cfr., in tal senso, la lettera di messa in mora del Commissario UE ai Trasporti V. Bulc, del 23 ottobre 2015, che dà avvio alla procedura d'infrazione contro l'Italia per la non corretta attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali. La direttiva stabilisce infatti un sistema di gestione degli aeroporti basato sul principio di indipendenza tra regolatori e operatori ed ENAC - ad avviso della Commissione - non risponde ai requisiti richiesti in quanto non indipendente dal Governo (v. art. 1 dello Statuto che lo sottopone all'indirizzo, vigilanza e controllo del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti) e non imparziale rispetto ai gestori con i quali ha partecipato - in qualità di concedente - alle trattative nella predisposizione del contratto di programma.

² Sul punto si rinvia a "Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione" - Rapporto dell'Advisory Board 2015, contributo di M. Sebastiani *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, cap. *Affidamenti e privatizzazioni*, pp. 38 e 39, in www.autorita-trasporti.it



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con riferimento agli approcci seguiti per fissare le tariffe aeroportuali, ADR non condivide l'analisi di ANAC nella parte in cui considera il metodo *dual till* particolarmente favorevole alle società concessionarie di aeroporti di grandi dimensioni dove le attività commerciali rappresentano una voce importante di bilancio³.

Quanto alla natura delle subconcessioni commerciali, ADR segnala, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2015, n. 2639 e Corte di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 18 aprile 2016, n. 7663, che definiscono i servizi di natura commerciale contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria⁴.

Infine, con riferimento alle procedure di affidamento delle subconcessioni commerciali, la concessionaria ADR sostiene che AGCM le avrebbe positivamente valutate con delibera C11908 del 9 maggio 2013 in cui si esprimeva sull'operazione di concentrazione attuata mediante fusione per incorporazione di Gemina S.p.A. in Atlantia S.p.A. e in occasione della quale avrebbe anche regolato gli affidamenti di servizi commerciali a soggetti riconducibili al medesimo gruppo⁵.

Non si riportano, viceversa, le controdeduzioni sullo stato degli investimenti infrastrutturali in quanto relativi ad altra eventuale istruttoria da parte del competente Ufficio Anac.

Controdeduzioni dell'Associazione FuoriPISTA

Relativamente alla durata della concessione (70 anni) l'Associazione contesta il richiamo alle fonti normative che attesterebbero la legittimità della proroga (nello specifico: art. 14, comma 3 del D.L. 11 luglio 1992, n. 333 convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359, come interpretato dall'art. 10, co.1, della legge 5 marzo 2001, n. 57).

FuoriPISTA evidenzia che in nessuno dei sopra richiamati articoli di legge è esplicitamente menzionata la società Aeroporti di Roma e/o la relativa proroga della concessione; all'art. 14 del DL n. 333/92 viene concessa la possibilità, in modo generico, per le società pubbliche oggetto di privatizzazione di mantenere le concessioni in essere per un periodo non inferiore a 20 anni, senza peraltro specificare un massimale dello stesso; l'art. 10, L. n. 57/2001 invece dispone che la proroga deve essere dichiarata, alla data di entrata in vigore della legge, nei prospetti informativi di vendita di partecipazioni dirette o indirette dello Stato, in Italia o all'estero.

Con riferimento alla disciplina della quantificazione dei canoni dovuti dai soggetti titolari delle concessioni aeroportuali, l'Associazione pone il problema dell'applicabilità di quanto previsto dalla legge n. 248/2005 ad ADR.

Con D.L. 30-9-2005 n. 203, convertito con legge 2 dicembre 2005, n. 248 "Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria", al fine di incrementare la competitività e razionalizzare il sistema del trasporto aereo nazionale, è stata disposta, all'art. 11 *decies*⁶, "la riduzione dei canoni di concessione demaniale del 75 per cento fino alla data di

³ Cfr., in tal senso, Alberto A. Gaggero, *Il settore aeroportuale italiano: osservazioni sulle novità regolatorie e l'implementazione* in www.eyesreg.it

⁴ In proposito è doveroso tuttavia sottolineare che la giurisprudenza citata da ADR fa riferimento al quadro regolatorio introdotto dalle previgenti direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE come recepite dal D. Lgs. n. 163/2006 e non fa ovviamente cenno alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, essendo relativa a contenziosi sorti prima della sua adozione.

⁵ Sul punto v. *infra*.

⁶ 1. Al fine di incrementare la competitività e razionalizzare il sistema del trasporto aereo nazionale, i canoni di concessione demaniale, istituiti dal decreto-legge 28 giugno 1995, n. 251, convertito, con modificazioni, dalla legge 3



Autorità Nazionale Anticorruzione

introduzione del sistema di determinazione dei diritti aeroportuali di cui all'articolo 11-nonies del presente decreto”.

Secondo la tesi dell'Associazione andrebbe chiarito se tale normativa di favore, in assenza di un suo esplicito richiamo, sia ancora applicabile o meno ad ADR. La lettera della norma – in effetti - ne condiziona la vigenza all'introduzione del sistema di determinazione dei diritti aeroportuali che, nello specifico, è coinciso con l'adozione dell'Atto unico di Convenzione per la gestione del sistema aeroportuale della Capitale e Contratto di programma, stipulato in data 25 ottobre 2012 tra ENAC (concedente) e la Società Aeroporti di Roma S.p.A., ADR (concessionario) e approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2012.

In altri termini, non è evidente se questo sconto (riduzione del 75% del canone di concessione) venga ancora applicato e se, conseguentemente, l'importo del canone concessorio attualmente versato da ADR si intenda al netto di tale sconto.

Non si riportano, per i motivi sopra specificati, le controdeduzioni sullo stato di avanzamento degli investimenti infrastrutturali.

Controdeduzioni di ENAC

Relativamente alla durata della concessione anche ENAC come ADR ripercorre le tappe del processo di privatizzazione della Società Aeroporti di Roma al fine di giustificare l'estensione di ulteriori 35 anni, fino al 2044, dell'originaria concessione, decorrente dal 1° luglio 1974 fino al 30 giugno 2009. Rappresenta, inoltre, che sul tema della concessione di ADR vi è stato un approfondimento da parte della Commissione europea che aveva avviato una procedura di infrazione (EU Pilot 7340/2015 GROW), successivamente archiviata a seguito dei chiarimenti forniti dal Governo italiano.

In riferimento alle principali deroghe ENAC specifica che la durata decennale del periodo di regolazione tariffaria è suddivisa in due sottoperiodi tariffari di cinque anni ciascuno e che – come ADR - non condivide l'analisi di ANAC nella parte in cui considera il metodo *dual till* particolarmente favorevole alle società concessionarie di aeroporti di grandi dimensioni dove le attività commerciali rappresentano una voce importante di bilancio.

Per quanto riguarda le censure mosse con la procedura di infrazione n. 2014/4187 contro l'Italia per la non corretta attuazione della Direttiva sui diritti aeroportuali, ENAC rappresenta che il Governo italiano ha confermato ufficialmente alla Commissione che in Italia esistono due autorità indipendenti. L'ENAC che si configura quale autorità indipendente limitatamente ai contratti di programma in vigore (cioè quelli in deroga) e l'Autorità dei trasporti (ART) che è competente per gli altri contratti di programma da rinnovare o stipulare per la prima volta.

agosto 1995, n. 351, sono ridotti del 75 per cento fino alla data di introduzione del sistema di determinazione dei diritti aeroportuali di cui all'articolo 11-nonies del presente decreto.

2. Fino alla determinazione dei diritti aeroportuali di cui alla legge 5 maggio 1976, n. 324, secondo le modalità previste nel comma 10 dell'articolo 10 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'articolo 11-nonies del presente decreto, la misura dei diritti aeroportuali attualmente in vigore è ridotta in misura pari all'importo della riduzione dei canoni demaniali di cui al comma 1 del presente articolo. Detta misura è ulteriormente ridotta del 10 per cento per i gestori che non adottano un sistema di contabilità analitica, certificato da società di revisione contabile, che consenta l'individuazione, per tutti i servizi offerti, dei ricavi e dei costi di competenza afferenti a ciascun singolo servizio.

3. Alle minori entrate derivanti dall'attuazione del presente articolo, valutate in 42 milioni di euro a decorrere dall'anno 2006, si provvede ai sensi dell'articolo 12.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con riferimento alla concessione aeroportuale e agli atti di natura derivata, le argomentazioni di ENAC coincidono, sostanzialmente, con quelle sollevate da ADR, a cui si rinvia.

Relativamente alla determinazione del canone concessorio rappresenta che ogni sua variazione nella quantificazione si riflette sul sistema delle tariffe quale componente di costo della gestione. Da ciò ne discende che ogni eventuale aumento significativo del canone medesimo si tradurrebbe in un aggravio per gli utenti.

Non si riportano, per i motivi prima indicati, le controdeduzioni sullo stato di avanzamento degli investimenti infrastrutturali della concessionaria ADR.

Considerato in diritto

II. LA GESTIONE DEL SISTEMA AEROPORTUALE DELLA CAPITALE

La Società Aeroporti di Roma – ADR S.p.A.

ADR⁷ è la società concessionaria della gestione totale⁸ degli aeroporti di Roma-Fiumicino e Roma-Ciampino, che costituiscono il sistema aeroportuale della capitale.

L'affidamento in gestione totale comporta che l'intero aeroporto, comprese le infrastrutture di volo, sia affidato a un unico concessionario, cui sono attribuite conseguentemente le attività che riguardano l'esecuzione di lavori, la manutenzione ordinaria e straordinaria delle infrastrutture, la predisposizione di tutti i servizi che si svolgono all'interno del sistema aeroportuale, l'apprestamento di strutture accessorie per gli utenti. In cambio il concessionario percepisce tutte le entrate (aeronautiche e commerciali) ricavabili dalla gestione, compresi i diritti aeroportuali (diritto di approdo, partenza e sosta o ricovero per gli aeromobili; diritto di imbarco passeggeri) e la tassa erariale di sbarco e imbarco delle merci trasportate.

La durata della concessione

La società beneficia di una concessione ai sensi dell'art. 3, co. 2, della legge 10 novembre 1973, n. 755, sulla base della quale è stata stipulata con il Ministero dei trasporti e dell'aviazione civile la Convenzione n. 2820/74, approvata con DM del 1° luglio 1974.

⁷ Aeroporti di Roma (ADR) s.p.a. nasce nel 1974 come concessionaria esclusiva per la gestione e lo sviluppo del sistema aeroportuale romano, costituito dall'aeroporto intercontinentale "Leonardo da Vinci" di Fiumicino e dall'aeroporto "G.B. Pastine" di Ciampino. Successivamente, ADR è stata privatizzata - tra il 1997 e il 2000 - nell'ambito del processo di dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato.

A seguito dell'operazione di fusione per incorporazione di Gemina s.p.a. in Atlantia s.p.a., al 31 dicembre 2013 Atlantia detiene direttamente la maggioranza delle azioni di ADR (pari al 95,9% del capitale) ed esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti della società; il restante capitale sociale è suddiviso tra enti locali, tra i quali figurano il Comune di Roma (1,3%), la Regione Lazio (1,3%), e alcuni soci minori (Camera di Commercio di Roma e terzi con l'1% circa).

⁸ La gestione aeroportuale contempla – sostanzialmente – tre modelli: i) gestione diretta da parte dello Stato; ii) gestione parziale (o mista); iii) gestione totale. La gestione totale è stata affidata tramite leggi speciali a soggetti costituiti per lo più in forma di consorzi, società per azioni, enti pubblici economici e camere di commercio e riguardano i seguenti aeroporti: Roma FCO +CIA, Milano LIN+MXP, Venezia Tessera, Torino Caselle, Genova, Bergamo (per ulteriori approfondimenti v. "La gestione aeroportuale" in www.anticorruzione.it).



Autorità Nazionale Anticorruzione

La durata della concessione inizialmente fissata in 35 anni – decorrenti dal 1° luglio 1974 fino al 30 giugno 2009 – è stata successivamente prorogata alla data del 30 giugno 2044 a seguito delle disposizioni stabilite dall’art. 14, comma 3 del D.L. 11 luglio 1992, n. 333 convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359, come interpretato dall’art. 10, co.1, della legge 5 marzo 2001, n. 57.

La durata di affidamento diretto - che consente al gestore aeroportuale di sottrarsi alle procedure concorrenziali – appare particolarmente estesa; tuttavia, le modifiche normative successivamente introdotte che limitano la durata massima della concessione in 40 anni non hanno mai interessato la concessione rilasciata ad ADR⁹.

L’Atto unico contenente Convenzione per la gestione del sistema aeroportuale romano e Contratto di programma in deroga stipulato tra ENAC e ADR

Con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 2012 viene approvato l’Atto unico costituito dalla Convenzione per la gestione totale fino al 2044 del sistema aeroportuale romano (Titolo I) e dal Contratto di programma in deroga (Titolo II) e relativi allegati (art. 1).

L’Atto unico Convenzione–Contratto di programma ENAC–ADR è stato adottato con il meccanismo previsto dall’art. 17, co. 34 bis, del D.L. n. 78/2009, convertito in legge n. 102/2009, il quale, al fine di incentivare l’adeguamento delle infrastrutture di sistemi aeroportuali nazionali, autorizza ENAC, per i sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale aventi traffico superiore a otto milioni di passeggeri annui (allo stato attuale i sistemi di Roma, Milano e Venezia), alla stipula di contratti di programma in deroga alla normativa vigente in materia, “introducendo sistemi di tariffazione pluriennale orientati ai costi delle infrastrutture e dei servizi, a obiettivi di efficienza e a criteri di adeguata remunerazione degli investimenti e dei capitali, con modalità di aggiornamento valide per l’intera durata del rapporto”.

La normativa in deroga si applica quindi ad aeroporti ai quali, tenuto conto dell’elevato volume di traffico, sono richiesti ingenti investimenti infrastrutturali.

Quelli previsti dall’Atto unico Convenzione–Contratto di programma attengono a due distinte fasi di realizzazione: i) dal 2012 al 2021 sono previsti interventi di completamento e di adeguamento delle infrastrutture per incrementare la capacità da 37 a 50 milioni di passeggeri/anno: le attività coinvolgeranno l’area di sedime dell’attuale aeroporto denominata “Fiumicino Sud”; ii) dal 2021 al 2044 è predisposta la creazione del nuovo aeroporto denominato “Fiumicino Nord” (100 milioni di passeggeri all’anno 2044 – cfr. art. 1, co. 4 della Convenzione ENAC-ADR) che si estenderà a Nord dell’attuale aeroporto.

Le principali deroghe

Come anticipato, al fine di assicurare al gestore la certezza delle entrate necessarie per la finanziabilità degli investimenti, il contratto ENAC-ADR contiene numerose deroghe.

Innanzitutto, il contratto di programma prevede un sistema tariffario di lungo periodo (art. 21), in cui i criteri e i principi per la definizione e l’aggiornamento dei corrispettivi aeroportuali, quali per

⁹ Gli attuali gestori degli aeroporti italiani non hanno espletato alcuna procedura di evidenza pubblica per ottenere il rilascio della concessione totale, che è stata concessa o con leggi *ad hoc* o sulla base del DM 521/97 che mira ad una progressiva sostituzione delle gestioni parziali con gestioni totali. Per un’analisi relativa alle modalità con le quali sono state rilasciate le concessioni di gestione aeroportuale si rinvia a “La gestione aeroportuale” in www.anticorruzione.it



Autorità Nazionale Anticorruzione

esempio il meccanismo del *dual till* o quello del *profit sharing* (art. 32 ter) sono validi fino alla scadenza della concessione (30 giugno 2044).

Inoltre, il periodo di regolazione tariffaria durante il quale hanno efficacia le tariffe stabilite dal contratto di programma, che tuttavia possono cambiare nel periodo di regolazione successivo per effetto del cambiamento di alcuni parametri, ha durata decennale (art. 22), a differenza dei contratti di programma ordinari, la cui durata è quadriennale.

Relativamente al regime tariffario, il metodo adottato è quello del *dual till*, dove le tariffe regolamentate vengono determinate tenendo in considerazione esclusivamente i costi delle attività e dei servizi aeronautici e non il valore delle attività commerciali.

Poiché ogni aeroporto per sua natura svolge da un lato attività strettamente aeroportuali (decollo, atterraggio, sosta aeromobili, etc.) con carattere di monopolio naturale e dall'altro attività commerciali (parcheggio autovetture, negozi e ristoranti operanti all'interno dell'aeroporto, etc.) con carattere concorrenziale, le tariffe aeroportuali possono essere fissate seguendo due approcci alternativi: la regolazione *single till* e la regolazione *dual till*.

Come sopra chiarito, il metodo *dual till* considera le voci di bilancio relative alle attività aeroportuali, ma non quelle di natura commerciale.

Al contrario, l'approccio *single till* determina la tariffa regolata sulla base di entrambe le attività.

Entrambi i metodi presentano vantaggi e svantaggi. Tuttavia, in aeroporti di grandi dimensioni dove le attività commerciali rappresentano una voce importante di bilancio e l'opzione del regime regolatorio ha un maggiore impatto, la scelta di una regolazione *dual till* non può non apparire come particolarmente favorevole al gestore.

Quanto, poi, alle specifiche censure mosse dagli esponenti sul sistema tariffario introdotto dall'Atto unico, è doveroso ricordare che i poteri di vigilanza così per gli aspetti contrattuali come per quelli tariffari, restano attribuiti - per i contratti di programma in deroga (Roma, Milano e Venezia) - al concedente ENAC, a differenza dei contratti di programma ordinari che, ai sensi dell'art. 71, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, sono stati assegnati - relativamente ai profili tariffari - all'ART (Autorità di Regolazione dei Trasporti).

II. IL REGIME DEI BENI DESTINATI AI SERVIZI COMMERCIALI

a) Attività aviation e non aviation

Ai fini dell'indagine occorre in via preliminare muovere dalla diversificazione esistente in ambito aeroportuale tra spazi destinati allo svolgimento di attività connesse alla navigazione aerea e spazi destinati ad attività non aeronautiche.

Le attività aeronautiche (*aviation* o *airside*) riguardano la progettazione, realizzazione e gestione delle infrastrutture aeroportuali e dei sistemi informatici di funzionamento operativo, i servizi offerti alle compagnie aeree per le operazioni di decollo, atterraggio e assistenza a terra degli aeromobili, nonché la gestione e la movimentazione di passeggeri e merci all'interno dello scalo.

Tra queste rientrano le attività di *handling* (servizi finalizzati a fornire assistenza a terra), che generano ricavi diretti (nel caso di corrispettivi per la propria attività di supporto a passeggeri o vettori) o



Autorità Nazionale Anticorruzione

indiretti (attraverso i canoni pagati da società specializzate, che ottengono l'autorizzazione per lo svolgimento di tali servizi sul sedime).

Le attività non aeronautiche (*non aviation o landside*) sono invece connesse all'erogazione dei cosiddetti servizi *non aviation*, intesi come tutte quelle fonti di ricavi derivanti da un utilizzo della piattaforma aeroportuale per scopi non legati all'erogazione dei servizi di trasporto puro e si distinguono in servizi commerciali, servizi turistici, servizi congressuali, servizi distributivi e *property management*, servizi consulenziali.

I servizi commerciali vengono ulteriormente suddivisi in servizi commerciali in senso stretto (quali boutique di moda, duty free shop, le rivendite di giornali e di tabacchi, i servizi di cambio valuta e di *car rental*), in servizi commerciali ristorativi, pubblicitari e, infine, complementari. All'interno di quest'ultima categoria, inoltre, si rintracciano una serie di attività precedentemente trascurate dal gestore aeroportuale, quali servizi bancari e postali, di vendita di prodotti gastronomici locali tipici, internet café, farmacie e centri benessere.

Ciò posto, mentre l'utilizzo degli spazi *aviation* è stato ampiamente regolamentato, maggiori incertezze operative sussistono, invece, con riferimento alle aree destinate ad attività commerciali che integrano, appunto, l'oggetto della presente analisi.

E' con riferimento a tali aree che rilevano, per quanto di nostro interesse, le problematiche attinenti:
i) alla natura giuridica dei rapporti che i gestori aeroportuali possono instaurare con soggetti terzi, e
ii) all'esistenza o meno dell'obbligo di osservanza delle procedure ad evidenza pubblica ai fini dell'assegnazione delle stesse.

b) Natura giuridica del rapporto intercorrente tra concessionario e subconcessionario

La concessione aeroportuale e gli atti di natura derivata

Al fine di comprendere la natura dei rapporti tra concessionario e subconcessionario, è necessario prendere le mosse dal dato codicistico.

A norma dell'art. 693, comma 1, del Codice della navigazione, i beni del demanio aeronautico sono assegnati all'ENAC in uso gratuito ai fini dell'affidamento in concessione al gestore aeroportuale.

E' pacifico, dunque, che il rapporto che si instaura tra l'Ente ed il soggetto giuridico deputato alla gestione dell'aeroporto abbia natura concessoria.

Tale dato risulta senz'altro rilevante al fine di comprendere gli atti di natura derivata che riguardano i medesimi beni, e che in esso trovano la propria ragion d'essere.

Prescindendo dalla disamina della natura giuridica dell'atto concessorio a monte e, dunque, dalla configurabilità dello stesso in termini di concessione di beni o di servizi, o ancora di concessione complessa di beni e di servizi, emerge con chiarezza come tale atto non concerna più e non soltanto le infrastrutture deputate alla navigazione aerea, ma attenga altresì alle aree e ai locali destinati specificatamente ad attività diverse che in passato erano considerate accessorie e oggi, invece, ritenute essenziali da parte dell'utente/passeggero.

Il mercato aeroportuale – in altre parole - incarna un settore caratterizzato da un processo di apertura che ha coinvolto sia i traffici che l'insieme dei servizi predisposti in funzione degli stessi.

Si è giunti, così, all'attuale complessa situazione che vede protagoniste una moltitudine di realtà imprenditoriali del tutto autonome ma al tempo stesso strettamente correlate alla fornitura di servizi, tutti ricompresi nell'alveo della gestione aeroportuale.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Conseguentemente, tutte le attività per le quali il bene va in assegnazione – relative alla gestione dei servizi *aviation* e *non aviation* – rientrano tutte nell'oggetto del rapporto concessorio, esistendo per tutte quel collegamento funzionale necessario a tale qualificazione.

La subconcessione in ambito aeroportuale

Quanto premesso, consente di analizzare le ipotesi in cui il gestore, attraverso atti dispositivi di spazi demaniali oggetto di concessione, accorda a soggetti terzi di operare in ambito aeroportuale.

Nel Codice della navigazione l'istituto della subconcessione in ambito di demanio marittimo è stato introdotto con l'art. 45 bis; benché non presente – espressamente – nella parte aeronautica del codice, la subconcessione è stata introdotta nel sistema aeroportuale dall'art. 3 della Convenzione ENAC–Gestore.

L'atto concessorio con il gestore aeroportuale, infatti, prevede di norma anche la facoltà di affidare a terzi le aree oggetto della concessione; pertanto, ciò che viene in rilievo è un rapporto derivato dal primo, collegato alla concessione che ne rappresenta il presupposto e alla cui sorte lo stesso rimane legato, rimanendo il rapporto pur sempre condizionato dalle vicende di quest'ultimo.

Ciò è peraltro confermato dalla Convenzione ENAC-ADR, dove, all'art. 4, si parla espressamente di “subconcessioni”.

La posizione del concedente ENAC

La subconcessione integra, pertanto, una concreta attuazione delle prerogative proprie del rapporto principale, tra concedente e concessionario originario.

Da un simile rapporto deriva, conseguentemente, una posizione del tutto peculiare di una delle parti – la parte pubblica, appunto – in quanto in capo alla stessa si configurano, accanto alle potestà tipiche di un rapporto paritario, anche poteri autoritativi derivanti dalla necessità di assicurare il perseguimento di quel pubblico interesse che esiste in presenza di determinati elementi – ravvisabili, nello specifico, nella natura demaniale del bene che ne costituisce oggetto - e che fa sì che in capo a ENAC permangano i menzionati poteri pubblicistici.

Tra questi certamente si può annoverare la facoltà riconosciuta a ENAC di prestare o meno il proprio assenso all'atto da stipulare con i soggetti terzi (art. 3 della Convenzione ENAC-Gestore). Che rilevi in termini di vera e propria autorizzazione nel caso di aree e locali destinati alle attività aeronautiche o si configuri quale previa comunicazione con riguardo alle attività commerciali, tale assenso è pur sempre manifestazione di un potere discrezionale.

Un ulteriore elemento a conferma di tale assunto è rappresentato dall'inserimento delle clausole contrattuali che impongono al subconcessionario - in quanto utilizzatore del bene - precisi obblighi in materia di *safety* e *security*. Del resto, tutti gli operatori – anche quelli privati - presenti in ambito aeroportuale sono tenuti al rispetto delle norme contenute nel Regolamento di Scalo¹⁰, la cui violazione comporta l'irrogazione delle previste sanzioni da parte di ENAC.

Di conseguenza nessun subconcessionario potrà mai trovarsi nella situazione di essere svincolato dalla vigilanza dell'ente concedente.

c) Modalità di affidamento delle subconcessioni

¹⁰ v. Circolare ENAC APT-19 del 26/10/2005



Autorità Nazionale Anticorruzione

La vigilanza di ANAC sugli affidamenti delle subconcessioni commerciali

Tanto premesso, occorre innanzitutto dare conto della censura del difetto di competenza di questa Autorità a esercitare la vigilanza sulle modalità di affidamento delle subconcessioni delle aree destinate allo svolgimento di attività commerciali in aeroporto.

Afferma infatti ADR che nell'espletamento di attività di natura esclusivamente commerciale viene meno la natura pubblicistica del concessionario, nei termini in cui essa è funzionalmente rivolta a soddisfare esclusivamente l'attività aeroportuale propriamente detta. Inoltre, non essendo le attività commerciali riconducibili alla nozione di "concessioni di servizi" e neppure a quelle "strumentali", contemplate all'art. 213 del previgente Codice dei contratti, gli affidamenti delle stesse rimarrebbero del tutto estranei all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica determinando, conseguentemente, l'incompetenza dell'Autorità a esercitare i relativi poteri di vigilanza, come attribuitile dall'art. 6 del previgente D.lgs. n. 163/2006 (ora, art. 213 del D.lgs. n. 50/2016).

Il concessionario infatti sostiene che l'affidamento delle subconcessioni in favore di operatori esercenti attività commerciali all'interno del sedime aeroportuale è soggetto alla disciplina privatistica posta dall'art. 4, ultimo comma della (peraltro, risalente) legge 10 novembre 1973, n. 755, secondo cui *"La società concessionaria può anche provvedere a servizi particolari mediante appalti o subconcessioni parziali regolate dal diritto privato, ferma restando la propria responsabilità"* e dall'art. 4, commi 2 e 4 dell'Atto unico Convenzione-Contratto di programma ENAC-ADR del 25 ottobre 2012, approvato con DPCM del 21 dicembre 2012, che rispettivamente prevedono che *"E' consentito, previa comunicazione scritta all'ENAC, l'affidamento in subconcessione di aree e locali destinati alle altre attività, intendendosi come tali, ad esempio, le attività commerciali, la logistica e quelle finalizzate alla somministrazione di utenze e servizi ad enti pubblici e privati, nel rispetto dei piani di utilizzo approvati dall'ENAC"* e che *"Le subconcessioni in favore di operatori esercenti attività non aeronautiche sono effettuate sulla base delle strategie e politiche commerciali e di pianificazione della Concessionaria, nel rispetto della normativa vigente. Nell'affidamento delle subconcessioni la concessionaria dovrà assicurare il rispetto della concorrenza e della non discriminazione, avuto anche riguardo alle attività svolte dalle imprese riconducibili ai soci della Concessionaria"*.

A conforto della suindicata tesi ADR riporta la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2015, n. 2639 che ha ritenuto – nella controversia instaurata avverso la procedura di selezione indetta da ADR per la realizzazione e gestione di punti vendita destinati all'esercizio di attività di ristorazione – il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, configurando la subconcessione di aree demaniali un rapporto di natura esclusivamente privatistica non implicante trasferimento di una parte del bene concesso ad ADR, ma affidamento temporaneo dello sfruttamento economico di una porzione del bene demaniale.

Segnatamente, il Giudice d'appello ha sostenuto la totale estraneità dell'amministrazione concedente ENAC alla vicenda subconcessoria, così nella sua fase genetica, dove la pronuncia in disamina definisce ininfluyente e irrilevante la comunicazione – da parte del gestore – del subaffidamento al concedente, come in quella esecutiva, dove sostiene l'assenza in capo ad ENAC di poteri autoritativi di effettivo intervento sullo svolgimento del rapporto subconcessorio.

Pertanto, l'affidamento da parte del concessionario a un soggetto terzo di una porzione di bene demaniale per la sua utilizzazione economica sostanzierebbe non già una subconcessione, quanto piuttosto un contratto privatistico di affitto di bene a vocazione commerciale.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il punto merita una adeguata e attenta ponderazione.

Aspetti pubblicitici delle subconcessioni commerciali e natura demaniale del sedime aeroportuale (e dei locali) dove si svolgono le attività commerciali

Appare evidente, come anticipato nel paragrafo precedente, che la subconcessione di aree all'interno dell'aeroporto – proprio perché costituisce un titolo legislativamente ammesso per attribuire la disponibilità e comunque l'utilizzo del sedime aeroportuale a soggetti terzi – è espressione del potere pubblicitico veicolato dalla concessione che ne è il necessario antecedente¹¹.

Non coglie nel segno, pertanto, la rilevata estraneità del concedente ENAC nel rapporto tra concessionario e terzo: è principio acquisito quello per cui il concedente conserva intatta tutta la sua potestà sul bene demaniale affidato in concessione, ovvero in sub-concessione e che, come già sopra rilevato, le vicende estintive del provvedimento concessorio travolgono, conseguentemente, anche il rapporto instaurato tra le parti (art. 4, co. 3, Convenzione); né è posto in dubbio che l'autorità concedente perda, per il solo fatto della concessione, e/o della subconcessione, i suoi generali poteri di autotutela sul bene demaniale (art. 823 c.c.), sia nei confronti del concessionario che del subconcessionario, impregiudicato il diritto di revocare, annullare ovvero modificare l'atto di concessione (artt. 18, 19, 20 Convenzione).

A conferma di ciò, l'art. 4, Convenzione, richiede l'"autorizzazione" del concedente qualora le aree e i locali siano "destinati alle attività aeronautiche" (co. 1) e una "comunicazione scritta" all'ENAC per quelli destinati alle "altre attività, intendendosi come tali, ad esempio, le attività commerciali, la logistica e quelle finalizzate alla somministrazione di utenze e servizi ad enti pubblici e privati, nel rispetto dei piani di utilizzo approvati dall'ENAC" (co. 2)¹²; sempre l'art. 4, al co. 3, impone l'inserimento nei rapporti concessori della "clausola di rispetto della Carta dei servizi e del regolamento di scalo": sul punto, oltre alle considerazioni già svolte nel paragrafo precedente, si consideri che anche in caso di violazioni del Regolamento di Scalo compiute da operatori privati l'irrogazione delle sanzioni resta in capo all'ENAC¹³.

Queste disposizioni, quindi, per un verso istituiscono un rapporto tra concessione e subconcessione idoneo ad attestarne la natura derivata e per altro verso sanciscono la permanenza dei poteri pubblicitici in capo al concedente. Pertanto, la rilevata assenza in capo a ENAC di poteri autoritativi di effettivo intervento sullo svolgimento del rapporto subconcessorio in realtà riguarda aspetti che non si riferiscono alla fase dell'affidamento, ma attengono esclusivamente al rapporto sinallagmatico che disciplina l'esercizio delle sole attività commerciali¹⁴.

Conseguentemente, l'obbligo di attivazione della procedura ad evidenza pubblica in caso di concessione di beni pubblici, pena l'introduzione di una barriera all'ingresso al mercato e

¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2013, n. 1835

¹² Sull'irragionevolezza di sottrarre dall'area dell'evidenza pubblica le subconcessioni *non aviation* per il solo fatto di essere "comunicate" anziché "autorizzate", merita richiamare Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2009, n. 23322.

¹³ Cfr. 12.3 Sanzioni, del Regolamento di Scalo dell'Aeroporto di Fiumicino.

¹⁴ A conferma della non estraneità di ENAC nella fase di affidamento delle subconcessioni v. Procedura di selezione n. "ADR 07/2015" per l'affidamento di una subconcessione di area finalizzata alla realizzazione e gestione di un punto vendita destinato ad attività di "Abbigliamento e Accessori" presso l'Aeroporto "Leonardo da Vinci" di Fiumicino, in cui il progetto esecutivo, soggetto all'approvazione di ADR ed ENAC, può comportare il riconoscimento di corrispettivi extra a favore di ENAC, nell'ipotesi di una sua eventuale volontà di verificare e approvare direttamente il progetto esecutivo (cfr. risposte alle FAQ nn. 25 e 29 del 23/12/2015).



Autorità Nazionale Anticorruzione

conseguente lesione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza¹⁵ vale anche per l'affidamento in subconcessione di locali per lo svolgimento di attività commerciali in ambito aeroportuale, posto che si tratta, anche in questo caso, di un mercato contingentato.

In fatto la disponibilità del sedime demaniale è vincolata dalla naturale limitatezza degli spazi disponibili all'interno dell'area aeroportuale, ulteriormente ristretta per effetto dell'adozione dei piani di utilizzo approvati dall'ENAC (art. 4, co. 2, Convenzione ENAC-ADR)¹⁶.

Condivide la tesi del necessario espletamento delle procedure ad evidenza pubblica per selezionare il subconcessionario svolgente attività *non aviation* su aree del sedime aeroportuale anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁷.

Le attività *non aviation* nella direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

Tali attività sono espressamente menzionate dal 25° considerando della direttiva 2014/23/UE che, pur non costituendo una diretta disposizione di legge, rappresenta tuttavia un importante criterio interpretativo fornito dallo stesso legislatore comunitario.

In particolare, il predetto considerando chiarisce che «le attività pertinenti nel settore aeroportuale comprendono anche i servizi forniti ai passeggeri che contribuiscono al regolare funzionamento delle strutture aeroportuali e che è legittimo attendersi da un aeroporto moderno e ben funzionante, quali servizi di vendita al dettaglio, di ristorazione pubblica¹⁸ e di parcheggio auto¹⁹», ricomprendendo in tal modo – nell'ambito di applicazione della direttiva – anche le attività *non aviation*.

Il legislatore europeo si è finalmente espresso sui servizi non aeronautici sconfessando coloro che avevano inquadrato i contratti aventi ad oggetto la gestione in uso di locali ubicati all'interno del sedime aeroportuale per lo svolgimento di attività *non aviation* nella fattispecie della locazione/affitto di bene a vocazione commerciale e non nella tipologia pubblicistica della concessione di gestione aeroportuale.

La giurisprudenza tradizionale aveva ritenuto detta gestione alla stregua di normale attività commerciale in mera connessione logistica col servizio di trasporto aereo, ma senza contribuire al migliore espletamento dello stesso.

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250.

¹⁶ Sul punto valga il richiamo alle argomentazioni spese dalla giurisprudenza amministrativa per sostenere la tesi del necessario espletamento delle procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento delle subconcessioni “non aviation” (Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2026; TAR Lazio, sez. III-ter, 15 febbraio 2013, n. 1693; Id. 2 aprile 2013, n. 3246; 16 settembre 2014, nn. 9678 e 9680 e 17 settembre 2014, nn. 9782, 9783 e 9777; Id. 29 maggio 2014, n. 5808; Id. n. 11405/2014, cit., TAR Veneto, Venezia, sez. I, 30 gennaio 2014, n. 128), assoggettandole all'ambito di applicazione della Parte III del previgente Codice o alla disciplina del R.D. n. 827 del 1924 recante “Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato” se interpretate come contratti attivi.

¹⁷ Cfr. AS274 del 5 febbraio 2004; AS1072 del 27 agosto 2013; AS1137 del 4 luglio 2014; AS1158 del 3 dicembre 2014.

¹⁸ Per un'interessante applicazione di tale principio v. Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4902, che qualifica il servizio di ristorazione come integrativo del servizio ai viaggiatori.

¹⁹ Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2009, n. 23322 secondo cui “la vocazione delle aree di parcheggio, su sedime appartenente al demanio aeronautico e pur esterno all'area strettamente aeroportuale ad accesso limitato (*airside*)...è quella di consentire che si realizzi una delle condizioni fondamentali per il funzionamento di una moderna aerostazione, quella dell'accesso e della mobilità dei passeggeri...e tanto giustifica la attrazione di tale attività nell'area dell'interesse generale”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Diversamente, il legislatore comunitario precisa che tali servizi devono essere approntati dal concessionario al fine di assicurare “il regolare funzionamento delle strutture aeroportuali”. Giova, in tal senso, riportare la versione in lingua francese del considerando 25 che richiama il concetto di diritto dei passeggeri: *“Il convient de préciser que l’activité concernée dans le secteur des aéroports couvre également les services offerts aux passagers qui contribuent au bon fonctionnement des installations aéroportuaires et qu’on est en droit d’attendre dans un aéroport moderne et fonctionnel, par exemple, le commerce de détail, les services de restauration et les parkings»*.

Non vi è, quindi, una mera connessione logistica dovuta alla collocazione nell’area demaniale destinata al servizio di trasporto aereo ma una chiara connessione funzionale, ponendosi le attività non aeronautiche e, tra queste, il servizio di ristorazione, come integrative del servizio ai passeggeri.

Il legislatore belga, a differenza di quello italiano, ha espressamente disciplinato i servizi *non aviation*: nel Progetto di legge relativo ai contratti di concessione²⁰, di recepimento della direttiva 2014/23/UE, si legge, all’art. 1, cpv. 5, che le attività di cui all’Allegato II della Direttiva (Attività svolte dagli enti aggiudicatori di cui all’art. 7) ricomprendono anche i servizi ai passeggeri di cui al considerando 25²¹.

Tuttavia, anche in assenza di una previsione espressa da parte del nostro legislatore, tenuto conto che già in base al previgente Codice dei contratti²² l’Autorità vigilava sui “*contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall’ambito di applicazione del codice, al fine di garantire l’osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara*”, risulta a maggior ragione confermata la competenza di ANAC a esercitare il controllo sulle modalità di affidamento delle subconcessioni in parola al fine di assicurare il rispetto dei principi summenzionati, atteso che le stesse ricadono in modo espresso nell’ambito di applicazione della direttiva.

III. IL CANONE CONCESSORIO

Il D.L. 28 giugno 1995, n. 251, convertito in legge 3 agosto 1995, n. 351 ha introdotto l’obbligo, all’art. 1, comma 5-ter, del pagamento del canone concessorio.

L’Agenzia del Demanio, in raccordo con i vertici del Ministero dell’Economia e delle Finanze è intervenuta nell’emanazione del decreto interdirettoriale per la quantificazione dei canoni dovuti dai soggetti titolari delle concessioni aeroportuali sulla base dei criteri individuati da apposito gruppo di lavoro, in applicazione delle disposizioni di cui all’art. 2, comma 188, della legge 23.12.1996, n. 662²³.

Attualmente, con disposizioni emanate dal Direttore dell’Agenzia del Demanio di concerto con il Capo Dipartimento per la navigazione e il trasporto marittimo e aereo²⁴, il canone annuo dovuto dai

²⁰ Cfr. Doc 1708 CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE - PROJET DE LOI relatif aux contrats de concession.

²¹ Article 1, par. 5, « *Concernant les activités de l’annexe II, il convient de préciser, à l’instar du considérant 25 de la directive, que l’activité concernée dans le secteur des aéroports couvre également les services offerts aux passagers qui contribuent au bon fonctionnement des installations aéroportuaires et qu’on est en droit d’attendre dans un aéroport moderne et fonctionnel, par exemple, le commerce de détail, les services de restauration et les parkings* ».

²² V. il combinato disposto dell’art. 30, comma 3 e dell’art. 6, comma 5, D. Lgs. n. 163/2006.

²³ Per maggiori approfondimenti si rinvia a Corte dei conti, Deliberazione n. 14/2010/G.

²⁴ Decreto 30 giugno 2003, Gazzetta Ufficiale n. 155 del 4 luglio 2003.



Autorità Nazionale Anticorruzione

titolari delle concessioni totali o parziali è determinato con riferimento all'unità di carico Work Load Unit (WLU).

La WLU corrisponde a un passeggero o a 100 kg di merce o di posta ed è calcolata utilizzando i dati riportati nell'annuario statistico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – ENAC.

Tale metodologia di quantificazione del canone è stata confermata con il Decreto del 14 dicembre 2015 dell'Agenzia del Demanio per il triennio 2016-2018.

Detto canone viene versato con cadenza semestrale dalle concessionarie aeroportuali direttamente all'ENAC che trasferisce le somme ricevute al sistema di Tesoreria centrale della Banca d'Italia.

In riferimento alla presunta sproporzione tra l'importo del canone concessorio versato da ADR al concedente ENAC e quelli versati ad ADR dai subconcessionari (nel senso dell'esiguità del primo rispetto alla consistenza dei secondi)²⁵, come evidenziata nelle interrogazioni parlamentari citate, è utile il seguente chiarimento di carattere preliminare e sistematico: il Regolamento ENAC sull'"Affidamento aeroporti demaniali per l'aviazione generale" prevede, all'art. 15, una differente disciplina per i canoni applicati dal concessionario per le subconcessioni di aree e locali del sedime aeroportuale a seconda della loro destinazione. Mentre il livello del canone per le subconcessioni di aree e locali destinati alle attività aeronautiche deve essere inferiore o pari ai canoni previsti dalla Circolare del Ministero delle Finanze 4 febbraio 1989, prot. n. 62567 (comma 2), il canone di subconcessione di aree e locali destinati ad attività "non aviation" è rimesso alla libera determinazione del concessionario (comma 3).

Inoltre, un eventuale aggiornamento del canone concessorio dovuto da ADR a ENAC - come indirettamente auspicato dagli interroganti - determinerebbe un riequilibrio negoziale solo formale stante la clausola di salvaguardia a favore di ADR introdotta nell'Atto unico Convenzione-contratto di programma ENAC – ADR.

L'art. 2, comma 4, della Convenzione prevede infatti che, qualora a seguito di disposizioni normative e/o di provvedimenti amministrativi dovesse essere modificata la misura del canone di concessione rispetto a quella vigente al momento della sua stipula, o introdotte forme di tassazione ad effetto equivalente a carico della Concessionaria, quest'ultima avrà diritto al riconoscimento di uno specifico incremento tariffario a copertura del maggior esborso.

IV. I CANONI SUBCONCESSORI

Struttura dell'avviso commerciale

Relativamente alle attività di natura commerciale si osserva, in primo luogo, come la società concessionaria ADR affidi le subconcessioni in parola attraverso procedure di selezione, adottate ai sensi dell'art. 4, legge n. 755/1973 e dell'Atto unico "Convenzione per la gestione del sistema aeroportuale della Capitale e Contratto di programma in deroga", stipulato con ENAC il 25 ottobre 2012, ed approvato con DPCM del 21 dicembre 2012, e successivi Atti Aggiuntivi, non operando

²⁵ Dall'analisi della Relazione finanziaria annuale 2014 (consultabile su www.adr.it) si evince che l'ammontare del canone versato da ADR al concedente ENAC è stato pari a 31,464 milioni di euro (28,757 nel 2013). Nello stesso anno ADR ha dichiarato ricavi da gestione aeroportuale pari a 726,039 milioni di euro, di cui 519,980 da attività *aviation*, 206,059 da attività *non aviation* (comprensiva di subconcessioni commerciali, subconcessioni immobiliari, parcheggi, pubblicità). La componente "*retail*" (subconcessioni commerciali) ha conseguito un risultato positivo, con ricavi pari a oltre 103,4 milioni di euro, con un incremento rispetto al 2013 dell'8,6%.



Autorità Nazionale Anticorruzione

alcun rinvio alle Linee Guida o ad altra regolamentazione specifica recante modalità e criteri per l'assegnazione delle attività commerciali.

Negli avvisi viene descritto l'oggetto dell'affidamento, i requisiti tecnico-economici e di carattere generale richiesti agli operatori economici per la partecipazione alla procedura di selezione e le modalità di partecipazione alla stessa; si omette viceversa qualsiasi riferimento all'offerta tecnica ed economica nonché ai criteri di valutazione delle offerte.

La procedura delineata in tali avvisi si articola in diverse fasi, di cui tuttavia si pubblicizza e conseguentemente si conosce solo la fase prodromica alla selezione, in cui ADR disciplina puntualmente i requisiti necessari per poter presentare la domanda di partecipazione alla procedura di affidamento della subconcessione. Nulla si precisa tuttavia in relazione ai criteri di individuazione – in concreto - dei soggetti ammessi all'ulteriore fase della procedura stessa.

Conseguentemente, i soli soggetti selezionati ricevono una lettera di invito a presentare offerta contenente, in particolare, le ulteriori indicazioni procedurali necessarie per la presentazione dell'offerta.

E' del tutto evidente che tale procedura di selezione assicura ad ADR amplissimi spazi di discrezionalità sia nella scelta dei soggetti sia nella scelta dei criteri selettivi²⁶.

Calcolo del canone subconcessorio

L'importo dell'affidamento comprende:

- a) royalty (Roy%) unica (o royalties distinte per categoria merceologica) espressa in termini percentuali sul relativo volume d'affari annuo del punto vendita oggetto della subconcessione, al netto di IVA, e in relazione alla quale è richiesta un'offerta in aumento;
- b) corrispettivo annuale minimo garantito (MG) in relazione al quale è richiesta un'offerta in aumento;
- c) corrispettivo fisso “una tantum” (UT), per il quale è esclusa un'offerta in aumento, che viene versato ad ADR all'atto della stipula della Convenzione di Subconcessione, a fronte dei costi ed oneri da questa sostenuti per il processo di selezione e affidamento della subconcessione nonché della quota parte dei costi sostenuti da ADR per il processo di definizione e attuazione della macro-offerta commerciale del P.U.A. (Piano di Utilizzo dell'Aerostazione) e del Regolamento di Scalo inerente l'aerostazione interessata dalla subconcessione.

Con riferimento alle voci sub a) e b) si precisa che il subconcessionario è tenuto a corrispondere ad ADR alternativamente o il corrispettivo variabile annuo calcolato applicando la percentuale di royalty (Roy) al fatturato dell'attività o il corrispettivo annuo minimo garantito (MG), a seconda di quale tra i due risulterà maggiore al termine di ciascun anno di durata della subconcessione.

Al fine di meglio chiarire tale meccanismo si riportano a titolo esemplificativo e avendo cura di omettere così l'individuazione degli spazi (Terminal) come l'identificazione degli aggiudicatari, gli estremi delle procedure di affidamento in subconcessione di aree finalizzate alla realizzazione e

²⁶ Sul punto si rinvia a “Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione” – Rapporto dell'Advisory Board 2015, contributo di M. Sebastiani *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, cap. *Subconcessioni e servizi*, p. 40, dove l'A. sostiene che fino a quando le condizioni di gara non verranno regolamentate da un soggetto terzo ma lasciate alla discrezionalità del concessionario (come avviene attualmente) la concorrenza per il mercato non si tradurrà in vantaggi per i consumatori ma in rendite monopolistiche; in www.autorita-trasporti.it



Autorità Nazionale Anticorruzione

gestione di punti vendita destinati all'attività di "Ristorazione", come riportati dalla relazione ADR sulle attività non aviation relative al triennio 2012-2013-2014.

Attività	Procedura	Importi dell'affidamento			Importi base		
		Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)	Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)
Ristorazione	n. ADR 05/2012	25,6%	310	70	25,0%	270	70
		Food					
		6,0%			5,0%		
		giornali					
		2,1%			1,5%		
		tabacchi/lotterie/ricariche/schede telef.					
		Il Corrispettivo Variabile Annuo sarà quindi pari a: CVA = roy (food) x fatturato (food) + roy (giornali) x fatturato (giornali) + roy (tabacchi/lotterie/ricariche) x fatturato (tabacchi/lotterie/ricariche)					
Ristorazione	n. ADR 06/2012	25,5%	800	185	25,0%	755	185
Ristorazione	n. ADR 07/2012	29,2%	530	100	25,0%	490	100
Ristorazione	n. ADR 08/2012	25,5%	400	100	25,0%	390	100
Ristorazione	n. ADR 09/2012	25,1%	1.510	350	25,0%	1.500	350
Ristorazione	n.ADR04/2013BIS Cargo City	7,50%	51	10	7,0% fino a 600.000€	50	10
		10,50%			10,0% oltre i 600.000€		
		bar-caffetteria/ristorante/tavola calda/market					
		1,50%			1,50%		
		tabacchi/slot machine/video lottery					
		5,0%			5,0%		
		edicola					
	Terminal 5				0,0% fino a 200.000€		
		10,50%			10,0% oltre i 200.000€		
		Bar/caffett./ristorante/tavola calda/market					
		1,50%			1,50%		
		tabacchi/slot machine/video lottery					
		5,0%			5,0%		
		edicola					
Ristorazione	n. ADR 05/2013	30,0%	300	40	24,0%	150	40
	Procedura	Importi dell'affidamento			Importi base		
		Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)	Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)
Ristorazione	n. ADR 25/2013	27,0%	850	35	25,0%	810	35
		bar/pizzeria/market/asporto					
		1,6%			1,5%		
		lotterie istantanee					



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ristorazione	n. ADR 26/2013	30,01%	370	25	25,0%	320	25
Ristorazione	n. ADR 27/2013	26,1%	340	20	25,0%	300	20
		1,51%			1,5%		
		bar/caffetteria/Healthy bar/asporto					
		lotterie istantanee					
Ristorazione	n. ADR 28/2013	28,0%	530	60	25,0%	500	60
Ristorazione	n. ADR 29/2013	30,0%	450	25	25,0%	260	25
Ristorazione	n. ADR 30/2013	26,0%	580	70	25,0%	560	70
		1,51%			1,5%		
		bar/caffetteria/ristorante/tavola calda/market/asporto					
		lotterie istantanee					
Ristorazione	n. ADR 31/2013	29,5%	780	85	25,0%	740	85
		16,0%			15,0%		
		6,5%			6,0%		
		1,6%			1,5%		
		bar/caffetteria/ bakery / market/asporto					
		libri					
		giornali					
		tabacchi/ ricariche/lotterie istantanee					
Ristorazione	n. ADR 32/2013	30,01%	780	110	25,0%	700	110
		1,51%			1,5%		
		bar caffetteria /market/asporto					
		lotterie istantanee					
Ristorazione	n. ADR 33/2013	29,10%	891	190	25,0%	800	190
		1,51%			1,5%		
		bar/caffetteria/pasticceria/ristorante/tavola calda/market					
		lotterie istantanee					
Ristorazione	n. ADR 34/2013	27,10%	650	150	25,0%	640	150
		1,51%			1,5%		
		bar pizzeria/bar caffetteria/market/asporto					
		lotterie istantanee					
Attività	Procedura	Importi dell'affidamento			Importi base		
		Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)	Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)
Ristorazione	n. ADR 35/2013	29,0%	780	105	25,0%	640	105
		20,0%			15,0%		
		8,0%			6,0%		
		1,6%			1,5%		
		bar caffetteria/ market/asporto					
		libri					
		giornali					
		tabacchi/ lotterie istantanee					
Ristorazione	n. ADR 36/2013	29,0%	470	75	25,0%	450	75



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ristorazione	n. ADR 37/2013	28,5%	510	60		25,0%	440	60	
		bar caffetteria/ market/ asporto							
		1,51%				1,5%			
		lotterie istantanee							
Ristorazione	n. ADR 38/2013	30,5%	740	100		25,0%	620	100	
		bar pizzeria/ market/ asporto							
		1,60%				1,5%			
		lotterie istantanee							
Ristorazione	n. ADR 39/2013	26,3%	891	145		25,0%	890	145	
		fast food/ bar caffetteria /market/ asporto							
		1,51%				1,5%			
		lotterie istantanee							
Ristorazione	n. ADR 02/2014	26,0%	401	35		20,0%	270	35	
Ristorazione	n. ADR 03/2014	27,5%	1.100	175		25,0%	1.000	175	
Ristorazione	n. ADR 04/2014	28,0%	1.030	160		25,0%	950	160	
		bar caffetteria/ casual dining/ asporto							
		1,6%				1,5%			
		tabacchi							
Ristorazione	n. ADR 05/2014	29,0%	930	145		25,0%	850	145	

Il sistema di gara che si basa sul meccanismo del doppio binario, dove cioè coesistono il CVA (Corrispettivo Variabile Annuo) e il MAG (Minimo Annuo Garantito), consente alla società di gestione di acquisire una parte significativa degli extra profitti generati dalla eventuale posizione di monopolio a carattere locale ricoperta da ciascun esercizio commerciale all'interno della struttura aeroportuale.

Da altro punto di vista, la componente variabile oltre a stimolare il subconcessionario a incrementare costantemente le quantità vendute determina tuttavia anche l'aumento dei prezzi, con evidente danno per gli utenti.

Inoltre, tale metodologia di gestione dei servizi commerciali²⁷ - oltre ad assicurare al concessionario la possibilità di scelta dei subconcessionari - garantisce ad ADR l'ulteriore vantaggio rappresentato dalla eliminazione di tutti o di gran parte dei costi e degli investimenti necessari.

L'analisi delle procedure di affidamento in subconcessione dei servizi di ristorazione ha ulteriormente evidenziato che i soggetti aggiudicatari corrispondono – sostanzialmente – a tre importanti società operanti nel campo della ristorazione autostradale, aeroportuale e ferroviaria, che a loro volta fanno capo a tre distinti gruppi societari.

²⁷ V., per un ulteriore approfondimento, G. Giovando, "L'impresa di gestione aeroportuale" – Aspetti strategici, di gestione e di bilancio, Giappichelli Editore, Torino 2012, pp. 133-135.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Due di loro si sono inoltre aggiudicati le due (sole) procedure di affidamento in subconcessione di aree finalizzate alla realizzazione e gestione di punti vendita destinati ad attività di “Edicola/Tabacchi/Varie”. Si riportano, di seguito, gli estremi delle due procedure di affidamento.

Attività	Procedura	Importi dell'affidamento			Importi base		
		Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)	Roy%	MG (.000€)	UT (.000€)
Edicola/Tabacchi/Varie	n. ADR 04/2012	2,5%	230	20	1,5%	160	20
		tabacchi					
		7,0%			6,0%		
		giornali/riviste/materiale audio/video					
		13,5%			13,0%		
		libri					
		1,6%			1,5%		
		lotterie/ricariche/schede telefoniche					
		26,0%			24,0%		
		varie					
Edicola/Tabacchi/Varie	n. ADR 41/2013	1,6%	222	20	1,5%	220	20
		tabacchi					
		6,7%			6,5%		
		giornali					
		15,1%			15,0%		
		libri					
		27,1%			27,0%		
		varie					

L'analisi della composizione societaria dei tre gruppi ha inoltre rilevato che una delle tre società aggiudicatrici nel settore Ristorazione (come in quello relativo all'attività di Edicola/Tabacchi) e la società concessionaria dell'aeroporto della Capitale fanno parte dello stesso gruppo.

Ora, la disciplina codicistica non fornisce una definizione organica di gruppo di società ma sviluppa l'argomento utilizzando l'espressione “direzione e coordinamento di società” (art. 2497 c.c.) per indicare tale fenomeno.

Un gruppo, pertanto, è un complesso di imprese societarie le quali pur essendo formalmente autonome, separate l'una dall'altra, sono tuttavia assoggettate al controllo e alla direzione unitaria di un'unica società capogruppo.

La capogruppo quindi esercita un'influenza dominante sulle altre, le controlla e le dirige secondo un disegno unitario che è diretto a perseguire uno scopo unitario e comune: l'interesse di gruppo.

Di conseguenza, le procedure di affidamento in cui la società appaltante e una delle concorrenti appartengono allo stesso gruppo pongono un evidente problema di asimmetria informativa rispetto agli altri operatori economici che partecipano alle medesime gare.

Consapevole di ciò, AGCM ha precisato - con delibera C11908 del 9 maggio 2013 in cui si esprimeva sull'operazione di concentrazione attuata mediante fusione per incorporazione di Gemina S.p.A. in Atlantia S.p.A. - che “parte integrante dell'operazione è la previsione secondo cui AdR assegnerà le subconcessioni per lo svolgimento delle attività commerciali (ivi incluse quelle di ristorazione) presso gli aeroporti di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Fiumicino e Ciampino mediante espletamento di gare ad evidenza pubblica, fatte salve alcune specifiche eccezioni in deroga a tale regola generale²⁸”.

V. VALUTAZIONI

Il sistema legislativo vigente sopra analizzato ha generato rendite notevoli per i servizi commerciali “lato terra” (non aviation o landside) legati all’aeroporto e di competenza del gestore aeroportuale, diventando una voce consistente nel bilancio delle società di gestione.

Tali servizi - non essendo sottoposti ad una regolazione specifica – godono di tariffe libere, nella certezza di poter contare su una quota protetta di domanda, assicurata dalla natura di monopolio naturale degli aeroporti²⁹.

L’analisi della giurisprudenza amministrativa ha inoltre posto in evidenza il nodo irrisolto che ha dato origine a pronunce contrastanti e che riguarda, in particolare, il mancato raggiungimento di un orientamento univoco in merito al concetto di “strumentalità” dell’attività oggetto di affidamento rispetto al compimento dell’attività “speciale”, con conseguente riconducibilità – o meno - a quelle “relative allo sfruttamento di un’area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti”, contemplate dal previgente art. 213 del d.lgs. n. 163/2006 e oggi disciplinate dall’art. 119 del d.lgs. n. 50/2016.

Sul punto occorre ribadire - quanto già in precedenza osservato – che il Considerando 25 della direttiva concessioni 2014/23/UE ha introdotto il concetto di “pertinenza” delle attività *non aviation* rispetto all’attività aeroportuale propriamente detta, ricomprendendo in tal modo, nell’ambito di applicazione della direttiva, anche le predette attività.

In base a quanto considerato e sulla scorta delle precedenti osservazioni e valutazioni, il Consiglio

Delibera

- a) la concessione aeroportuale non concerne solamente le infrastrutture deputate alla navigazione aerea ma attiene altresì alle aree e ai locali destinati ad attività non aeronautiche e che, conseguentemente, tutte le attività per le quali il bene va in assegnazione rientrano tutte, per le ragioni sopra esposte, nell’oggetto del rapporto concessorio;
- b) le attività non aeronautiche richiamate a titolo meramente esemplificativo dal considerando 25 della direttiva 2014/23/UE e, tra queste, il servizio di ristorazione, sono definite e classificabili come integrative del servizio ai passeggeri;
- c) gli affidamenti in subconcessione di locali ed aree per lo svolgimento di attività commerciali vanno sottoposti a procedura di evidenza pubblica, secondo le regole ed i principi del diritto comunitario e della pertinente disciplina del diritto interno.

²⁸ [Si tratta di ipotesi “connotate da elementi di eccezionalità previamente e specificatamente individuati”, quali: (i) l’assoluta non sostituibilità, dal lato della domanda, del prodotto o del servizio; (ii) attività/affidamenti provvisori o temporanei; (iii) attività/affidamenti non caratterizzati dalla necessità di un previo confronto competitivo (ad es., in mancanza di offerta).]

²⁹ Cfr. M. Ponti e E. Scopel, Parcheggi e altre rendite aeroportuali, in *Consumatori, Diritti, Mercato*, n. 2/2009, p. 103 ss



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il competente Ufficio avrà cura di trasmettere la presente delibera ad ADR SpA e ad ENAC, assicurando che si dia riscontro entro 30 giorni dalla sua ricezione per valutarne l'ottemperanza;

il medesimo Ufficio trasmetterà il presente atto ai segnalanti e ai deputati che hanno avanzato interrogazione parlamentare, nonché al Presidente della Commissione Trasporti della Camera dei deputati;

l'Ufficio istruttore dovrà altresì trasmettere la presente delibera al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e al Direttore dell'Agenzia del Demanio.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 luglio 2016
Il Segretario, Maria Esposito