

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 3 maggio 2017 ([1](#))

Causa C-701/15

Malpensa Logistica Europa S.p.A
contro
SEA - Società Esercizi Aeroportuali S.p.A,
nei confronti di:
Beta-Trans S.p.A

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia)]

«Appalti pubblici – Trasporti – Sfruttamento di un'area geografica allo scopo di metterla a disposizione dei vettori aerei negli aeroporti o in altri terminali di trasporto – Direttive 2004/17/CE e 96/67/CE – Normativa nazionale che non prevede una procedura di gara per l'assegnazione di spazi aeroportuali»

La controversia oggetto del presente rinvio pregiudiziale sorge nell'ambito dei rapporti intercorrenti fra l'ente di gestione dell'aeroporto di Milano Malpensa ([2](#)) e due delle società che prestano servizi di assistenza a terra in tale aeroporto. Una di esse (Malpensa Logistica Europa S.p.A.; in prosieguo: la «Malpensa Logistica») impugna la decisione della SEA che ha concesso direttamente alla controinteressata (Beta-Trans S.p.A.; in prosieguo: la «Beta-Trans»), l'utilizzo temporaneo di un determinato impianto aeroportuale, senza la previa indizione di una gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia), chiamato a statuire sull'impugnazione, si trova ad esaminare alcune disposizioni nazionali regolanti l'aggiudicazione di appalti pubblici che, a suo parere, si discostano da quelle che disciplinano i servizi di assistenza aeroportuale. Poiché sia le une che le altre costituiscono, rispettivamente, trasposizione della direttiva 2004/17/CE ([3](#)) e della direttiva 96/67/CE ([4](#)), detto giudice chiede alla Corte di interpretare il diritto dell'Unione onde acclarare se l'attribuzione dello spazio assegnato alla Beta-Trans dovesse essere preceduta da una procedura selettiva soggetta alle norme in materia di appalti pubblici.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2004/17

Ai sensi dell'articolo 1 («Definizioni»):

«1. Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni di cui al presente articolo:

2. a) Gli “appalti di forniture, di lavori e di servizi” sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi.

(...)

d) Gli “appalti di servizi” sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato XVII.

(...)

3. (...)

b) La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

A termini dell'articolo 2 («Enti aggiudicatori»), paragrafo 2:

«La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori:

a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7;

(...))».

A tenore dell'articolo 7, intitolato «Disposizioni riguardanti prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi nonché porti e aeroporti»:

«La presente direttiva si applica alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai seguenti fini:

(...)

b) la messa a disposizione di aeroporti (...) o di altri terminali di trasporto ai vettori aerei (...))».

L'articolo 18 («Concessioni di lavori e di servizi») così recita:

«La presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività».

2. Direttiva 96/67

I considerando della direttiva in parola così recitano:

«(5) (...) che l'apertura dell'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra è un provvedimento che deve contribuire alla riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e al miglioramento della qualità offerta agli utenti;

(6) (...) che alla luce del principio di sussidiarietà è indispensabile che l'accesso al mercato dei servizi d'assistenza a terra avvenga in un contesto comunitario, pur lasciando agli Stati membri la possibilità di tener conto della specificità del settore;

(7) (...) che nella sua comunicazione del giugno 1994 «L'evoluzione dell'aviazione civile in Europa», la Commissione ha espresso l'intento di prendere, prima della fine del 1994, un'iniziativa mirante a realizzare l'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità e che il Consiglio, nella sua risoluzione del 24 ottobre 1994 (...), ha confermato la necessità di tener conto degli imperativi legati alla situazione degli aeroporti in sede di realizzazione di quest'apertura;

(...)

(11) (...) che, per alcune categorie di servizi, l'accesso al mercato e l'effettuazione dell'autoassistenza possono essere ostacolati da vincoli di sicurezza, di capacità e di spazio disponibile; che è pertanto necessario poter limitare il numero dei prestatori autorizzati a fornire queste categorie di servizi; che, parimenti, il ricorso all'autoassistenza deve poter essere limitato e che, in tal caso, i criteri per la limitazione devono essere pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori;

(...)

(14) (...) che, in alcuni casi, i vincoli citati possono essere di entità tale da giustificare determinate limitazioni all'accesso al mercato o all'effettuazione dell'autoassistenza, a condizione che tali limitazioni abbiano un carattere pertinente, obiettivo, trasparente e non discriminatorio;

(...)

(16) (...) che per il mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva e leale è necessario che, qualora il numero dei prestatori sia limitato, questi ultimi siano selezionati in base a una procedura trasparente e imparziale; che è opportuno consultare gli utenti in occasione della selezione essendo questi i primi interessati alla qualità e al prezzo dei servizi di cui dovranno avvalersi;

(...)

(25) (...) che ai prestatori autorizzati a fornire servizi di assistenza a terra e agli utenti autorizzati a praticare l'autoassistenza deve essere garantito l'accesso agli impianti aeroportuali, nella misura necessaria all'esercizio dei loro diritti e a consentire condizioni di concorrenza effettiva e leale; che tuttavia tale accesso deve poter comportare la riscossione di un corrispettivo economico».

A termini dell'articolo 2 («Definizioni»):

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

(...)

c) ente di gestione, l'ente cui le disposizioni legislative o regolamentari nazionali affidano, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato;

(...)

e) assistenza a terra, i servizi resi in un aeroporto a un utente, quali descritti nell'allegato;

(...)

g) prestatore di servizi di assistenza a terra, qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisca a terzi una o più categorie di servizi di assistenza a terra».

L'articolo 6 («Assistenza ai terzi»), paragrafi 1 e 2, così stabilisce:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie secondo i criteri di cui all'articolo 1, per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi.

(...)

2. Gli Stati membri possono limitare il numero dei prestatori autorizzati (...)).

L'articolo 9 («Deroghe»), paragrafo 1, così dispone:

«Laddove in un aeroporto, per vincoli specifici di spazio o di capacità disponibile, specialmente in funzione della congestione e del coefficiente di utilizzazione delle superfici, risulti impossibile un'apertura del mercato e/o l'effettuazione dell'autoassistenza ai livelli previsti dalla presente direttiva, lo Stato membro di cui trattasi può decidere:

a) di limitare il numero di prestatori (...) di servizi di assistenza».

A termini dell'articolo 11 («Selezione dei prestatori di servizi»), paragrafo 1, lettera b):

«Gli Stati membri adottano le misure necessarie perché sia istituita una procedura di selezione dei prestatori autorizzati a fornire servizi di assistenza a terra in un aeroporto nei casi in cui il loro numero è limitato nei casi di cui all'articolo 6, paragrafo 2 o all'articolo 9. Tale procedura deve rispettare i seguenti principi:

(...)

b) deve essere indetta una gara d'appalto, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, aperta a tutti i prestatori interessati;

(...)).

A tenore dell'articolo 16 («Accesso agli impianti»):

(...)

«2. Gli spazi disponibili per l'assistenza a terra nell'aeroporto sono ripartiti tra i diversi prestatori di servizi (...) compresi i nuovi operatori, nella misura necessaria all'esercizio dei loro diritti e per consentire una concorrenza effettiva e leale in base a norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

3. Qualora l'accesso agli impianti aeroportuali comporti la riscossione di un corrispettivo economico, questo sarà determinato in base a criteri pertinenti obiettivi, trasparenti e non discriminatori».

B. Diritto italiano

1. Decreto legislativo n. 163/2006 (5)

A termini dell'articolo 213 («Porti e aeroporti»):

«Le norme della presente parte si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali».

2. Decreto legislativo n. 18/1999 (6)

L'articolo 4, paragrafo 1, stabilisce, con carattere generale, il libero accesso dei prestatori di servizi al mercato dei servizi di assistenza a terra, sulla base dei soli requisiti previsti dall'articolo 13.

L'articolo 4, secondo comma, ammette la possibilità che il libero accesso sia sottoposto a limitazioni «per motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell'aeroporto».

L'articolo 12, primo comma, descrive ipotesi di deroga al libero accesso, ricorrenti in presenza di «vincoli specifici di spazio o di capacità disponibile, specialmente in funzione della congestione e del coefficiente di utilizzazione delle superfici, previa segnalazione all'ente di gestione».

L'articolo 11 prevede l'obbligo di indire una gara d'appalto pubblica previa «[p]er l'individuazione dei prestatori delle categorie di servizi di assistenza a terra il cui accesso è sottoposto a limitazioni o a provvedimenti di deroga (...)».

II. Procedimento dinanzi alla Corte

La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte il 31 dicembre 2015.

Hanno presentato osservazioni scritte la Malpensa Logistica, la Beta-Trans, la SEA e la Commissione europea.

Il 25 maggio 2016 si è tenuta un'udienza pubblica, cui hanno rinunciato a partecipare la Malpensa Logistica e la Beta-Trans. Sono state invece presenti la SEA e la Commissione europea.

III. Fatti e questione pregiudiziale

In qualità di ente gestore dell'aeroporto di Milano Malpensa, la SEA ha assegnato alla Beta-Trans un hangar di tale aeroporto con una superficie di circa 1 000 metri quadrati, per l'esercizio di servizi di assistenza a terra.

Dalle osservazioni scritte e dalle informazioni fornite durante l'udienza si deduce che, prima dell'assegnazione dell'hangar alla Beta-Trans, era stata indetta una gara d'appalto per l'assegnazione di determinati spazi aeroportuali agli operatori di assistenza a terra. Tale gara ha visto sia la partecipazione della Beta-Trans che quella della Malpensa Logistica, entrambe autorizzate all'esercizio dell'attività di movimentazione di merci a terra (*handling* fisico) nell'aeroporto medesimo, concludendosi con l'aggiudicazione della prima società.

Poiché la Beta-Trans non ha potuto occupare lo spazio assegnatole, non ancora pronto in quanto doveva essere sottoposto a lavori di ristrutturazione, la SEA ha concesso a detta società l'uso temporaneo di un hangar di 1 000 metri quadrati affinché questa potesse iniziare immediatamente l'esercizio delle sue attività di assistenza a terra. Una simile assegnazione aveva pertanto carattere puramente temporaneo e si sarebbe protratta fino al momento in cui lo «spazio definitivo» non fosse stato pronto per l'uso (previsto per il mese di luglio 2017).

Il 18 aprile 2015 la Malpensa Logistica ha chiesto l'annullamento dell'atto con cui era stato assegnato l'hangar alla Beta-Trans. Essa ha asserito di aver bisogno di uno spazio maggiore, analogamente alla Beta-Trans, cosicché le due società avrebbero dovuto essere trattate su un piano di parità, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.

Il giudice chiamato a dirimere la controversia espone che, in linea di principio, sarebbe applicabile il decreto legislativo n. 163/2006 poiché, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Italia) ([7](#)), la normativa nazionale sugli appalti pubblici disciplina le concessioni delle aree aeroportuali ai fini della prestazione di servizi di assistenza a terra. L'assegnazione di spazi sarebbe ricompresa nell'ambito di applicazione materiale della normativa riguardante i settori speciali e richiederebbe, quindi, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica.

Orbene, il giudice a quo constata che un'altra norma nazionale (il decreto legislativo n. 18/1999, che disciplina i servizi aeroportuali di assistenza a terra) giunge a una soluzione diversa, in quanto non impone l'apertura di una procedura ad evidenza pubblica.

Dal momento che i due suddetti testi legislativi italiani traspongono, rispettivamente, le direttive 2004/17 e 96/67, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ritiene indispensabile sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 7 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 – che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali –, nell'assoggettare alla disciplina degli appalti pubblici comunitari le attività di sfruttamento di un'area geografica ai fini di messa a disposizione di aeroporti ai vettori aerei, così come individuate dalla giurisprudenza nazionale richiamata ai paragrafi 6.4 e 6.5., osti ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 4 e 11 del d.lgs. n. 18/1999, che non prevede una previa selezione pubblica per ogni ipotesi di assegnazione, anche temporanea, di spazi a ciò destinati».

IV. Sintesi delle argomentazioni delle parti

Secondo la Malpensa Logistica, la direttiva 96/67 è stata ispirata dalla necessità di aprire al mercato i servizi di assistenza a terra, sottraendoli all'influenza monopolistica dei gestori aeroportuali, in un momento in cui l'assegnazione degli spazi aeroportuali da parte di tali gestori sarebbe rientrata fra i «settori speciali», compresi nella regolamentazione degli appalti pubblici.

La direttiva 2004/17, adottata in epoca successiva, disciplina le procedure di aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e stabilisce l'applicazione dei suoi principi agli appalti sulla messa a disposizione degli aeroporti (articolo 7) per scopi direttamente connessi all'attività di esercizio aeroportuale (articolo 20). Più precisamente, l'articolo 10 della direttiva statuisce l'obbligo per gli enti aggiudicatori di trattare gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e l'articolo 31 della stessa stabilisce che gli appalti aventi per oggetto i servizi di cui all'allegato XVII A sono aggiudicati secondo le disposizioni degli articoli da 34 a 59.

In Italia, l'assegnazione spetta alle società titolari delle concessioni aeroportuali e tali appalti sono direttamente connessi all'attività dell'ente gestore. La SEA sarebbe dunque tenuta ad aggiudicare gli spazi occorrenti per l'esercizio di servizi strumentali alla gestione aeroportuale secondo le procedure introdotte dalla direttiva 2004/17.

Tale disciplina, secondo la Malpensa Logistica, si muove su un piano diverso rispetto a quello della direttiva 96/67, avendo ad oggetto non l'abbattimento dei monopoli delle società di esercizio aeroportuale, bensì la determinazione di un trattamento paritario tra i vari operatori che aspirano allo sfruttamento di uno spazio aeroportuale. In ossequio ai principi comunitari, siffatta parità di trattamento è garantita dalle procedure selettive ad evidenza pubblica.

Secondo la Malpensa Logistica non esisterebbe alcun contrasto tra le direttive 96/67 e 2004/17, i cui ambiti di applicazione sono diversi. In seguito all'entrata in vigore della direttiva 2004/17 e delle relative norme di recepimento, i prestatori di servizi direttamente connessi all'attività aeroportuale devono accedere allo sfruttamento delle aree che verranno loro assegnate mediante procedure di selezione aperte e trasparenti.

Infine, la Malpensa Logistica considera irrilevante la circostanza che l'assegnazione controversa sia solo temporanea, poiché anche tale società aveva un interesse all'assegnazione temporanea dello spazio in discussione, che avrebbe dovuto avvenire nell'ambito di una procedura di gara.

La Beta-Trans osserva, in primo luogo, che il magazzino è stato messo a sua disposizione in quanto era già aggiudicatario, a seguito di procedura competitiva, di un impianto simile, ancora in costruzione. L'assegnazione controversa aveva una durata limitata, fino al momento in cui detta società potesse utilizzare tale impianto.

La Beta-Trans descrive il contesto commerciale dei rapporti intercorrenti tra la stessa società, la Malpensa Logistica e un soggetto in precedenza cliente di quest'ultima (Nippon Cargo Airlines), affermando che, sebbene la Malpensa Logistica disponesse di una superficie dello spazio aeroportuale considerevolmente maggiore, la Beta-Trans era riuscita ad avviare rapporti commerciali con la Nippon Cargo Airlines, il che non sarebbe stato possibile senza l'assegnazione controversa. A suo parere, il modo di agire della SEA garantisce l'accesso al mercato dei nuovi operatori, nonché la concorrenza effettiva e reale, poiché consente ai terzi di scegliere liberamente tra i diversi operatori aeroportuali. A tal fine, detta società sottolinea l'importanza dell'articolo 16 della direttiva 96/67, in quanto favorisce l'apertura del mercato ai nuovi operatori, come la Beta-Trans stessa.

Da ultimo, la Beta-Trans incentra la propria analisi sulla direttiva 96/67 e sul decreto legislativo n. 18/1999 che l'ha trasposta nel diritto italiano, per porre in evidenza che la regola generale del libero accesso ammette deroghe (tra le altre ragioni, per mancanza di spazio), le quali possono giustificare una limitazione del numero dei prestatori di servizi e la circostanza che gli stessi vengano designati attraverso procedure di selezione competitiva.

Secondo la SEA, la direttiva 2004/17 non trova applicazione nella fattispecie, la quale è disciplinata dalla direttiva 96/67 in virtù del principio di specialità. Tale società sostiene che, all'atto di approvazione di quest'ultima direttiva, settori come il trasporto aereo erano già regolati dalla direttiva 531/90/CEE (8), successivamente sostituita dalla direttiva 2004/17, con un contenuto sostanzialmente identico quanto all'ambito di applicazione. Pertanto, al momento di approvare la direttiva 96/67, il legislatore comunitario era consapevole dell'esistenza di tale disciplina sugli appalti pubblici nei settori speciali, e ciononostante ha introdotto un regime specifico per i servizi aeroportuali di assistenza a terra.

In un'ottica diversa, la SEA ritiene che la direttiva 2004/17 presupponga necessariamente l'onerosità del contratto stipulato tra l'amministrazione aggiudicatrice e il contraente (9) con cui la prima corrisponde a quest'ultimo un compenso per la prestazione ricevuta. Tale elemento è assente nella fattispecie, in cui è l'aggiudicatario a pagare un canone alla controparte in cambio dell'occupazione dello spazio demaniale. Pertanto, la direttiva 2004/17 non è applicabile alla controversia.

Di seguito, la SEA pone l'accento sulla possibilità, ammessa dalla direttiva 96/67, di stabilire limiti all'accesso degli operatori che prestano servizi di assistenza a terra e che, in tal caso, è necessario indire una procedura di selezione ad evidenza pubblica. Essa rileva che detta opzione non implica obbligatoriamente il ricorso ad una procedura selettiva per l'assegnazione di spazi destinati all'attività in questione.

In linea con la SEA, la Commissione ritiene che la direttiva 2004/17 non sia applicabile, in quanto manca la condizione dell'onerosità ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettere c) e d), della medesima, giacché non esiste un corrispettivo versato dall'amministrazione aggiudicatrice al contraente in cambio della prestazione di un servizio da parte di quest'ultimo. Il rapporto tra i due soggetti si collocherebbe nell'ambito delle concessioni di servizi, che l'articolo 18 della direttiva 2004/17 esclude dall'ambito di applicazione di quest'ultima.

Pur ammettendo che la concessione di spazi aeroportuali debba essere soggetta all'applicazione della direttiva 2004/17, tale attività rientrerebbe nella categoria n. 20 dell'allegato XVII B, sicché l'ente gestore non sarebbe tenuto a indire una gara.

In definitiva, la Commissione asserisce che la direttiva 96/67 costituisce il punto di riferimento e da essa si deduce solamente che l'ente gestore deve ripartire gli spazi disponibili tra i diversi operatori nella misura necessaria per l'esercizio dei loro diritti, per consentire una concorrenza effettiva e leale in base a norme e ai criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori. Il giudice nazionale dovrà valutare se, nel presente caso concreto, tali criteri siano stati rispettati, pur in assenza di una gara d'appalto.

V. Analisi

In limine, mi sembra opportuno precisare che la risposta della Corte al giudice a quo non può dirimere la discussione riguardante l'interpretazione delle norme interne che, secondo tale giudice, potrebbero essere applicate «in astratto» (10) per risolvere la controversia de qua.

Spetta infatti al giudice del rinvio (ed, eventualmente, al giudice che debba riesaminare la sentenza di quest'ultimo) acclarare se il decreto legislativo n. 163/2006 (sugli appalti pubblici), in quanto normativa generale, risulti preminente rispetto alle disposizioni del decreto legislativo n. 18/1999 (che disciplina i servizi aeroportuali di assistenza a terra), al fine di stabilire se, nel diritto italiano e conformemente ai detti testi legislativi, l'assegnazione di spazi negli aeroporti debba essere preceduta da una procedura di appalto pubblico.

La circostanza che le normative nazionali in discussione siano «entrambe di derivazione comunitaria», come afferma il giudice del rinvio (11), non impedisce al legislatore italiano di assoggettare alle procedure ad evidenza pubblica le assegnazioni di spazi aeroportuali come quelle di cui al procedimento principale che, come illustrerò nel prosieguo, esulano dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/17. La menzionata direttiva impone, senza dubbio alcuno, la conformità alle sue disposizioni delle aggiudicazioni dei contratti da essa contemplati, ma nulla osta a che uno Stato membro decida, di propria iniziativa, di estendere detto stesso regime ad altri negozi giuridici.

Pertanto, fatta salva l'indiscutibile competenza dei giudici italiani per stabilire se, in base al diritto nazionale, le assegnazioni di spazi aeroportuali debbano sempre essere precedute da una procedura ad evidenza pubblica, mi limiterò a fornire criteri interpretativi delle due direttive in questione. Una volta individuata la direttiva che, sotto il profilo del diritto dell'Unione, ritengo applicabile, occorrerà esaminare se siano riscontrabili segni di discordanza fra la legislazione italiana e la direttiva medesima.

A. Sull'applicazione della direttiva 2004/17

Il primo punto da considerare riguarda la qualificazione del rapporto intercorrente tra l'ente gestore dell'aeroporto e i prestatori di servizi di assistenza a terra, allo scopo di precisare se si è in presenza di un appalto pubblico di servizi oppure di una concessione di servizi con una componente demaniale. In quest'ultimo caso la direttiva 2004/17 non sarebbe applicabile, conformemente al suo articolo 18.

La giurisprudenza della Corte (12) ha gettato le basi per operare una distinzione tra le due suddette categorie. Benché le pronunce della Corte siano state rese in relazione all'interpretazione della direttiva 2004/18/CE (13), ritengo che esse siano estensibili alla direttiva 2004/17, dato il parallelismo tra i precetti di riferimento nell'una e nell'altra.

Come indica la Corte, «dal raffronto tra le definizioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, fornite, rispettivamente, dal paragrafo 2, lettere a) e d), e dal paragrafo 4 dell'articolo 1 della direttiva 2004/18 [corrispondenti all'articolo 1, paragrafi 2, lettere a) e d), e 3, lettera b), della direttiva 2004/17], risulta che la differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo» (14).

La Corte aggiunge che la qualificazione di un rapporto come concessione di servizi «implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione e che l'assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi indica che l'operazione in parola costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi» (15).

Nel quadro dei servizi di assistenza a terra, il vincolo fra l'ente gestore dell'aeroporto e il soggetto che presta tali servizi alle compagnie aeree si concretizza nella cessione dalla prima al secondo dei corrispondenti terreni e impianti aeroportuali. L'ente gestore riceve, in cambio di detta messa a disposizione di beni pubblici, il pagamento di un compenso (che, solitamente, consiste in un canone), da parte dell'operatore. Quest'ultimo, a sua volta, utilizza gli spazi assegnati nell'ambito dei suoi rapporti commerciali con i terzi, ossia con gli utenti, che si impegnano a versargli un corrispettivo per i servizi prestati (16). L'operatore si assume il rischio commerciale inerente alla gestione della propria impresa.

All'udienza è stato confermato che siffatta articolazione basilare è precisamente quella vigente nell'aeroporto di Milano Malpensa. I prestatori di servizi di assistenza a terra versano alla SEA, in quanto ente gestore, un canone annuale in funzione dei metri quadrati degli impianti dai medesimi occupati. Tale retribuzione si configura come un corrispettivo per l'utilizzo degli spazi aeroportuali e si fonderebbe sull'articolo 16, paragrafo 3, della direttiva 96/67 (17).

La concessione di impianti aeroportuali ad un operatore, affinché questo presti servizi di assistenza a terra a terzi, non può essere qualificata come un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e d), della direttiva 2004/17 e, di conseguenza, il rapporto di cui si discute nel procedimento principale rimarrebbe escluso dall'ambito di applicazione di tale direttiva.

Infine, come osserva la Commissione, anche a voler supporre che l'aggiudicazione di tale genere di impianti, i quali agevolano la prestazione dell'assistenza a terra, debba conformarsi alle prescrizioni della direttiva 2004/17, essa dovrebbe essere inquadrata tra i servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti (categoria 20 dell'allegato XVII B della direttiva 2004/17). Orbene, l'articolo 32 della menzionata direttiva stabilisce che l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi appartenenti a tale categoria «è disciplinata esclusivamente dagli articoli 34 e 43» (rispettivamente, specifiche tecniche e avvisi relativi agli appalti già aggiudicati) e quindi non dalle restanti norme generali.

B. Sull'eventuale concorrenza tra la direttiva 2004/17 e la direttiva 96/67

Qualora, per ipotesi, l'assegnazione degli spazi aeroportuali ai prestatori di servizi di assistenza a terra avesse la medesima natura dell'appalto di prestazione di servizi (quod non), tanto la direttiva 2004/17 quanto la direttiva 96/67 sarebbero applicabili ad una stessa fattispecie. La prima prevede che l'assegnazione faccia seguito ad una procedura d'appalto formalizzata, mentre la seconda non lo richiede, cosicché sorgerebbe un conflitto tra i due strumenti normativi.

Come posto in evidenza nelle osservazioni scritte e ricordato all'udienza da parte della Commissione, gli enti gestori, tra i quali figura la SEA, presentano una configurazione particolare che consente loro di agire tanto in qualità di amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17, quanto come gestori di infrastrutture aeroportuali, qualifica che, in forza della direttiva 96/67, li autorizza a coordinare e controllare le attività dei vari operatori presenti nell'aeroporto. Tale duplicità di ruoli impone di prendere in esame quali compiti svolgano detti enti in ogni singolo caso.

Assegnazioni come quella controversa nel procedimento principale appartengono alla seconda categoria di funzioni, disciplinate dalla direttiva 96/67, e non sono soggette alle procedure regolamentate di cui alla direttiva 2004/17, come ho appena indicato. Una simile conclusione discende, secondo me, dalla mera considerazione dei rispettivi ambiti di applicazione, senza che sia necessario ricorrere ai criteri ermeneutici basati sul binomio *lex generalis/lex specialis*.

Se occorresse avvalersi di tali criteri, la giurisprudenza della Corte aiuterebbe a risolvere il conflitto tra le due discipline in parola. In tali casi, La Corte ha eliminato l'attrito fra norme appellandosi al principio di specialità, collegato a sua volta al principio della certezza del diritto, il quale «esige che le norme di diritto siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, affinché gli interessati possano orientarsi nelle situazioni e nei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto dell'Unione» (18).

Particolarmente opportuno risulta il riferimento alla recente sentenza del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen (19), in cui l'apparente sovrapposizione si verificava, anche in questo caso nel settore dei trasporti, tra il regolamento (CE) n. 1370/2007 (20) e le direttive sugli appalti pubblici (21).

In tale sentenza la Corte rileva, come premessa del dispositivo, che «la direttiva 2004/18 (...) è di portata generale, mentre il regolamento n. 1370/2007 riguarda soltanto i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia». Partendo da tale constatazione, tenuto presente che tanto il regolamento n. 1370/2007 quanto la direttiva 2004/18 «contengono disposizioni relative al subappalto, occorre considerare che la prima disposizione reca una norma speciale rispetto a quelle previste nella seconda disposizione e, in quanto *lex specialis*, prevale su queste ultime».

La Malpensa Logistica adduce, tuttavia, che sarebbe applicabile la direttiva 2004/17, in quanto adottata posteriormente alla direttiva 96/67. tuttavia, un'analisi della sequenza temporale conduce piuttosto alla conclusione opposta, poiché il testo della direttiva 2004/17 coincide, su tale punto, con quello dello strumento che l'ha preceduta, vale a dire la direttiva 90/531/CEE (22), che già includeva gli aeroporti nel suo ambito di applicazione [articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto ii)], negli stessi termini dell'articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/17. Pertanto, quando il legislatore comunitario ha approvato la direttiva 96/67, era pienamente consapevole della specificità del sistema che instaurava, diversa da quello contemplato dalla direttiva sugli appalti nei settori speciali.

La specificità della disciplina degli aeroporti è giustificata dalla stessa direttiva 96/67 quando, nel preambolo (23), rileva che essa mira a contribuire alla riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e al miglioramento della qualità dei servizi offerti agli utenti, attraverso l'apertura dell'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra (24), riconoscendo nel contempo la possibilità che gli Stati tengano conto della specificità del settore e la necessità di prendere in considerazione gli imperativi legati alla situazione degli aeroporti in sede di realizzazione di tale apertura.

In quest'ottica, pertanto, anche l'applicazione della direttiva 2004/17 soccomberebbe a favore dell'applicazione della direttiva 96/67.

C. Il riflesso delle suesposte considerazioni nella risposta alla questione pregiudiziale

La sua questione del giudice del rinvio né limitata ad accertare se l'articolo 7 della direttiva 2004/17 «osti» alle norme nazionali (articoli 4 e 11 del decreto legislativo n. 18/1999), che non prevedono la selezione pubblica nelle ipotesi di assegnazione degli spazi aeroportuali.

Alla luce di quanto esposto finora, deduco che la presente questione pregiudiziale, così com'è formulata, dovrebbe ricevere una risposta negativa. Per giustificare una siffatta conclusione basterebbe spiegare che tale tipologia di assegnazioni non è soggetta all'applicazione della direttiva 2004/17, fermo restando che il legislatore nazionale può sottoporre le stesse, qualora lo ritenga opportuno e di sua iniziativa, a criteri analoghi a quelli che disciplinano gli appalti pubblici nei settori speciali. Nei limiti in cui non prevede un sistema regolamentato di gare d'appalto per assegnare l'uso dei detti spazi, il decreto legislativo n. 18/1999 non entra in conflitto con la direttiva 2004/17.

Tuttavia, una risposta simile potrebbe risultare insufficiente, sottraendo valore al dialogo pregiudiziale, giacché il giudice del rinvio, nella sua dettagliata presentazione del diritto applicabile, ha menzionato anche la direttiva 96/67 e la relativa normativa di trasposizione nel diritto italiano. A mio avviso, una risposta che non esaminasse l'impatto di tale direttiva sul procedimento principale sarebbe incompleta.

Inoltre, come ripetutamente sostenuto dalla Corte, «la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni» (25).

Appare quindi utile prendere in considerazione i problemi sollevati nell'ordinanza di rinvio anche sotto il profilo della direttiva 96/67.

D. L'assegnazione di spazi aeroportuali nell'ambito della direttiva 96/67

Ai sensi della direttiva 96/67, l'accesso dei prestatori di servizi di assistenza a terra al mercato della prestazione di servizi a terzi negli aeroporti è libero (articolo 6). Ciononostante, conformemente ai suoi considerando (26), la menzionata direttiva conferisce agli Stati membri, in determinate circostanze, la facoltà di limitare il numero dei prestatori di assistenza autorizzati (articolo 6, paragrafo 2, in combinato disposto con l'articolo 9). In tale situazione deve essere istituita una procedura di selezione dei prestatori, su base concorrenziale, che è disciplinata dalla direttiva stessa (articolo 11).

Nell'una o nell'altra ipotesi (accesso senza limitazioni o accesso selettivo) (27), i prestatori ammessi devono poter godere, logicamente, dell'accesso agli impianti aeroportuali che l'ente gestore mette a loro disposizione. Orbene, ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 96/67, gli spazi

aeroportuali disponibili per l'assistenza a terra sono ripartiti tra i diversi prestatori di servizi «nella misura necessaria all'esercizio dei loro diritti e per consentire una concorrenza effettiva e leale in base a norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori».

Tale disposizione impone dunque che, all'atto di assegnare gli spazi o gli impianti aeroportuali, l'ente gestore rispetti le suddette «norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori», senza tuttavia obbligare l'ente in parola a organizzare una procedura formalizzata per l'affidamento di un appalto pubblico, analoga a quella applicabile all'aggiudicazione degli appalti contemplati dalla direttiva 2004/17.

La circostanza che la direttiva 96/67 non imponga all'ente gestore di indire una procedura di gara per l'assegnazione degli spazi aeroportuali ai prestatori di servizi non significa, ovviamente, che detto ente non possa farlo. Per di più, una gara aperta fra i prestatori autorizzati può costituire senza dubbio uno (non necessariamente l'unico) dei meccanismi idonei allo scopo di realizzare la ripartizione, quando la gara si svolga nel rispetto dei criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori cui si riferisce l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva medesima.

Di fatto, secondo i dati contenuti negli atti di causa e quelli forniti all'udienza, la SEA ha assegnato alla Beta-Trans l'impianto aeroportuale *definitivo* in esito ad una gara cui ha partecipato anche la Malpensa Logistica, in regime di concorrenza (28). L'assegnazione del magazzino provvisorio, che è l'unico elemento controverso, era dovuta, come già detto, al fatto che l'impianto assegnato definitivamente non era pronto.

Tali circostanze (il carattere provvisorio dell'assegnazione e il previo svolgimento di una procedura di gara) possono costituire un fattore rilevante per valutare se la SEA abbia rispettato l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 96/67. Poiché quest'ultima disposizione concede all'ente gestore un ampio potere discrezionale, entro i limiti poc'anzi indicati, spetterà al giudice nazionale compiere siffatta valutazione.

Inoltre, non possiamo dimenticare che tra le finalità perseguite della direttiva 96/67 figura quella di favorire la presenza di nuovi prestatori di assistenza a terra e che si indica, quale criterio di assegnazione di spazi disponibili nell'aeroporto, la promozione di una «concorrenza effettiva e leale» tra tutti i prestatori, «compresi i nuovi operatori». La concorrenza effettiva richiede, per l'appunto, la soppressione delle barriere che ostacolano l'ingresso dei nuovi operatori. In tale ottica, quindi, i principi di obiettività, trasparenza e non discriminazione, possono legittimare decisioni di assegnazione degli spazi che tengano conto della situazione dei prestatori già installati e la loro eventuale posizione di preponderanza nella prestazione di tali servizi presso un determinato aeroporto (29).

Suggerisco quindi di dare una duplice risposta alla questione pregiudiziale sottoposta dal giudice a quo:

– Da un lato, occorre riconoscere la compatibilità dell'articolo 7 della direttiva 2004/17 con una normativa nazionale che non preveda una previa procedura ad evidenza pubblica in tutti i casi di aggiudicazione, anche temporanea, di spazi destinati alla prestazione di assistenza aeroportuale a terra (articoli da 4 a 11 del decreto legislativo n. 18/1999).

– Dall'altro, si deve far presente al giudice del rinvio che l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 96/67 impone all'ente gestore di ripartire gli spazi disponibili nei termini poc'anzi analizzati.

VI. Conclusione

Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia) nei seguenti termini:

«1) L'articolo 7 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella contenuta negli articoli 4 e 11 del decreto legislativo

n. 18/1999, che non prevede una previa selezione pubblica in ogni ipotesi di assegnazione, anche temporanea, di spazi destinati all'assistenza aeroportuale a terra.

- 2) L'assegnazione deve essere effettuata ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 96/67/CE del Consiglio, del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, cosicché detti spazi vengano ripartiti tra i diversi prestatori di servizi di assistenza a terra, compresi i nuovi operatori, nella misura necessaria all'esercizio dei loro diritti e a consentire condizioni di concorrenza effettiva e leale, sulla base di norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. (in prosieguo: la «SEA»).

3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1).

4 Direttiva del Consiglio, del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (GU L 272 del 25.10.1996, pag. 36).

5 «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI n. 100 del 2 maggio 2006)», che ha trasposto nell'ordinamento italiano le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

6 «Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (GURI n. 28 del 4 febbraio 1999)», che ha trasposto nell'ordinamento italiano la direttiva 96/67/CE.

7 Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, richiamata dal giudice del rinvio (sentenze nn. 4934/2013 e 2026/2014), l'articolo 213 del decreto legislativo n. 163/2006 comprende non solo le operazioni di decollo, atterraggio e governo dell'insieme degli aeromobili, ma anche le attività concernenti il transito e la sicurezza dei passeggeri, lo smistamento dei bagagli e, in generale, ogni servizio ordinariamente complementare. Aggiunge poi che la concessione di aree aeroportuali per la prestazione di servizi di assistenza a terra, quale modalità di sfruttamento degli spazi aeroportuali connessa alle attività ordinariamente svolte dai vettori aerei, rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della normativa sui settori speciali.

8 Direttiva del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1990, L 297, pag. 1).

9 Tale società opera una distinzione tra i contratti pubblici *passivi* (tra i quali figurano i contratti disciplinati dalla direttiva 2004/17), che rappresentano una fonte di spesa a carico dell'amministrazione aggiudicatrice che acquista i beni e i servizi, e i contratti pubblici *attivi*, che comprendono la concessione di beni demaniali e attraverso i quali l'amministrazione riceve un'entrata economica.

10 Ordinanza di rinvio, punto 6.2.

[11](#) Ibidem.

[12](#) Sentenze del 10 marzo 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (C-274/09, EU:C:2011:130), punti 24 e 26; e dell'8 settembre 2016, *Politanò* (C-225/15, EU:C:2016:645), punti da 29 a 31.

[13](#) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

[14](#) Sentenza dell'8 settembre 2016, *Politanò* (C-225/15, EU:C:2016:645), punto 30.

[15](#) Ibidem, punto 31. Tali elementi distintivi della concessione di servizi sono stati introdotti dal legislatore dell'Unione nell'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).

[16](#) In alcuni paesi, il contenuto economico dei rapporti tra i soggetti intervenienti è definito in un documento approvato dall'ente gestore. In tale documento viene generalmente precisato l'importo del canone (o di un'analogha prestazione patrimoniale a carattere pubblico), che l'operatore è tenuto a corrispondere in proporzione agli spazi assegnati ed, eventualmente, ai diversi tipi di assistenza prestata. Analogamente, può essere fissata la tariffa, o il prezzo massimo, che l'operatore applicherà ai propri clienti, a seconda della natura dei servizi da essi richiesti, compresi quelli di handling.

[17](#) Nella sentenza del 16 ottobre 2003, *Flughafen Hannover-Langenhagen* (C-363/01, EU:C:2003:548), la Corte ha dichiarato che l'articolo 16, paragrafo 3, della direttiva 96/67 consente all'ente gestore di un aeroporto di percepire un canone di utilizzo degli impianti aeroportuali che tenga conto dell'interesse di detto ente a realizzare utili e il cui importo sia fissato conformemente ai criteri enunciati in tale articolo.

[18](#) Sentenza del 12 febbraio 2015, *Parlamento/Consiglio* (C-48/14, EU:C:2015:91), punto 45, che cita le sentenze dell'8 dicembre 2011, *France Télécom/Commissione* (C-81/10 P, EU:C:2011:811), punto 100, e del 31 gennaio 2013, *LVK-56* (C-643/11, EU:C:2013:55), punto 51.

[19](#) Causa C-292/15, EU:C:2016:817.

[20](#) Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU 2007, L 315, pag. 1).

[21](#) Il problema scaturiva dalla diversa portata del subappalto, in funzione della circostanza che fosse applicabile la direttiva 2004/18 oppure il regolamento n. 1370/2007.

[22](#) Direttiva del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore

delle telecomunicazioni (GU 1990, L 297, pag. 1).

[23](#) Considerando da 5 a 7, riportati supra al paragrafo 6 delle presenti conclusioni.

[24](#) Tale obiettivo è evidenziato dalla Corte nella sentenza dell'11 settembre 2014, Commissione/Portogallo (C-277/13, EU:C:2014:2208), punto 48.

[25](#) Sentenza del 22 ottobre 2015; impresa Edilux e SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721), punto 20 e la giurisprudenza ivi citata).

[26](#) I considerando 11, 14 e 16 prevedono una limitazione del numero dei prestatori collegata a vincoli di sicurezza, di protezione, di capacità e spazio disponibile, a condizione che tali limitazioni abbiano carattere pertinente, obiettivo, trasparente e non discriminatorio, indicando la necessità che, in tale caso, i prestatori siano selezionati in base a una procedura trasparente e imparziale.

[27](#) Secondo le informazioni fornite dalla SEA all'udienza, l'accesso dei prestatori di assistenza a terra all'aeroporto di Milano Malpensa non è subordinato ad una previa selezione.

[28](#) Non risulta che la Malpensa Logistica abbia impugnato la decisione di aggiudicazione.

[29](#) Secondo quanto si legge nell'ordinanza di rinvio (punto 3), la SEA e la Beta-Trans hanno asserito che la Malpensa Logistica aveva già a disposizione spazi destinati a magazzino per 18 000 metri quadrati, oltre a spazi coperti per 2 700 metri quadrati e che l'ente gestore, per soddisfare le richieste di Malpensa Logistica, aveva provveduto a far costruire un ulteriore spazio coperto avente una superficie di 3 327 metri quadrati per lo stazionamento temporaneo delle merci «al riparo delle intemperie».