

Civile Ord. Sez. U Num. 23377 Anno 2024

Presidente: D'ASCOLA PASQUALE

Relatore: FEDERICI FRANCESCO

Data pubblicazione: 30/08/2024

Giurisdizione – Affidamento in sub-
concessione di spazi aeroportuali -
Esercizio di attività commerciali c.d.
Food and Beverage - Controversia

ORDINANZA

Sui ricorsi riuniti nn. 21685-2023 e 22008-2023, proposto da:

S.A.C. – SOCIETA' AEROPORTO CATANIA s.p.a., p.i. 04407770876, in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in Roma, P.zza San Bernardo, n. 101, presso l'avv. Gennaro Terracciano, dal quale, unitamente all'avv. Annunziata Abbinente, è rappresentata e difesa -

Ricorrente e ricorrente incidentale

CONTRO

LE ANTICHE DELIZIE s.r.l., p.i. 04513700874, in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, presso la cancelleria della Corte di cassazione, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Fidone e Salvatore Brighina -

Controricorrente e controricorrente incidentale

NONCHE'

LAGERDERE TRAVEL RETAIL ITALIA s.r.l., p.i. 04269090272, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Sergio

Fienga e Marco Trevisan, con domicilio digitale

Intimato e ricorrente incidentale

E NEI CONFRONTI DI

CHEF EXPRESS s.p.a., in persona del legale rappresentante –

AREAS – MYCHEF RISTORAZIONE COOMERCIALE s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. -

Intimati

Avverso la sentenza n. 630/2023 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, depositata il 29 settembre 2023;

udita la relazione delle cause riunite, svolta dal Consigliere dott. Francesco Federici nella camera di consiglio del 23 aprile 2024;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Alberto Cardino, che ha chiesto l'accoglimento dei ricorsi, con affermazione della giurisdizione del Giudice Ordinario.

RILEVATO CHE

La società "Le Antiche Delizie s.r.l." era titolare della *sub*-concessione per la vendita e somministrazione di alimenti e bevande all'interno dell'Aerostazione Fontanarossa di Catania, precisamente nello spazio del Terminal A, destinato all'esercizio di attività commerciali c.d. *Food and Beverage*, localizzato in zona Partenza area "Air side" e contraddistinto come lotto n. 20.

La società, dinanzi al TAR Sicilia – Catania, impugnò la manifestazione d'interesse, pubblicata in data 22 maggio 2023 dalla Società Aeroporto Catania S.p.a. (d'ora in poi SAC spa), quale gestore dello scalo, per la riassegnazione del suddetto lotto, nonché la nota della SAC spa del 16 giugno 2023, con la quale il gestore aveva respinto la richiesta di annullamento in autotutela della predetta manifestazione di interesse.

Con sentenza n. 2346 del 26 luglio 2023 il TAR accolse l'eccezione difetto di giurisdizione, sollevato dalla SAC, dichiarando la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario.

Avverso la sentenza la ricorrente propose appello dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS), accolto con sentenza n. 630 del 29 settembre 2023.

Il giudice amministrativo, evidenziando che la decisione del TAR fosse fondata su alcuni arresti giurisprudenziali delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, di cui sintetizzava le argomentazioni, ha dichiarato di non dividerne le conclusioni, perché in contrasto con un consolidato orientamento del CGARS, nonché con i "principi enunciati in materia di concessioni aeroportuali della stessa Corte di cassazione".

Ha in particolare riscontrato che in «controversie analoghe, inerenti la gara indetta da un gestore aeroportuale per l'affidamento in regime di *sub* concessione di spazi all'interno dello scalo da destinarsi ad attività commerciali c.d. *non aviation*» il Consiglio aveva riconosciuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a) e b), c.p.a., venendo in rilievo una controversia per l'affidamento di una (*sub*)-concessione di servizi accompagnata da una concessione d'uso di spazio pubblico.

Nel dettaglio ha affermato che «l'affidamento in concessione comporta il trasferimento in uso alla società di "gestione di uno scalo aeroportuale, sotto il controllo e la vigilanza dell'E.N.A.C., delle aree, degli immobili e degli impianti facenti parte del sedime aeroportuale, beni di natura demaniale che la società è tenuta ad amministrare e gestire, ai sensi dell'art. 705 cod. nav., "secondo criteri di trasparenza e non discriminazione" al fine di svolgere e comunque consentire a terzi servizi che possono ricondursi a tre ampie categorie: i) servizi relativi all'infrastruttura; ii) servizi di assistenza a terra (c.d. *handling*); iii) servizi commerciali».

Poiché secondo l'«art. 7, punto 4, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (nonché ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. t), del codice dei contratti pubblici), la SAC. s.p.a. deve essere qualificata come "impresa pubblica", giacché la richiamata previsione normativa dispone che "per impresa pubblica si intende qualsiasi impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie [...]», il giudice d'appello ha ritenuto che la SAC -controllata da enti pubblici, compresi quelli territoriali-, rientrava tra «gli "enti aggiudicatori" di cui all'art. 7 della direttiva n. 2014/23, con il corollario che il contratto stipulato con la *sub*-concessionaria è qualificabile quale

concessione di servizi ai sensi del precedente art. 5, comma 1, lett. b), della medesima direttiva».

A tal fine ha anche richiamato il considerando n. 25 alla direttiva, secondo cui *“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 pubblica e di parcheggio auto”*, deducendone che anche «l'affidamento della *sub*-concessione in esame rientra nell'ambito di applicazione della direttiva europea 2014/23 del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e, di conseguenza, del d.lgs. n. 50 del 2016 e, segnatamente, il rapporto tra SAC e l'impresa affidataria della *sub*concessione di gestione di spazi commerciali aeroportuali c.d. *non aviation* può essere qualificato come di concessione di servizi, ai sensi dell'art. 3, lett. b), della direttiva e dell'art. 3, comma 1, lett. vv), del d.lgs. n. 50 del 2016, [...]. Detto servizio, anche in ragione del chiarimento contenuto nel considerando 25 della direttiva, ha indubbiamente una rilevanza pubblicistica, in quanto, pur estraneo alle funzioni istituzionali del servizio aeronautico, ne costituisce comunque un'utilità accessoria, in favore degli utenti aeroportuali, sicché può ritenersi strumentale quantomeno alle esigenze di questi ultimi; in altri termini, la natura pubblica del servizio trova fondamento nella sua strumentalità allo svolgimento delle funzioni pubbliche istituzionali della SAC S.p.a., tanto da essere definita dal legislatore europeo tra le *“attività pertinenti nel settore aeroportuale”*».

Il giudice d'appello ha anche negato che l'Ente concedente fosse *“estraneo”* al *“rapporto derivato”* di *sub*-concessione (intercorrente tra il concessionario ed il terzo), persistendo, al contrario, un fisiologico -e quasi strutturale- collegamento tra le *sub*-concessioni e l'atto autoritativo concessorio originario, come evincibile dal fatto che l'E.N.A.C. definisce le destinazioni d'uso dei beni affidati in concessione, *“indicando le aree ed i beni destinati alle attività ed ai servizi aeroportuali e tutti gli altri beni destinati alle attività non aeronautiche, così da esercitare vere e proprie funzioni di vigilanza e controllo sulle attività oggetto della concessione.*

Valorizzando inoltre il contenuto della Convenzione sottoscritta il 22 maggio 2007 fra l'E.N.A.C. e la S.A.C. S.p.a., ha registrato che «il
RGN 21685/2023; 22008/2024

concessionario assume funzioni pubblicistiche che gli impediscono di comportarsi come un semplice privato assoggettato ed assoggettabile alle sole norme del diritto civile, per altri aspetti i *sub*-concessionari sono attratti nell'orbita delle specifiche obbligazioni che caratterizzano i rapporti di natura pubblicistica, con la conseguenza che anche l'attività negoziale del concessionario aeroportuale viene ad atteggiarsi come vera e propria "*funzione pubblica*", dovendosi ispirare - ai fini della scelta del contraente - a regole di trasparenza e di evidenza pubblica tipiche del rapporto pubblicistico ed estranee ai comuni rapporti di diritto privato».

Quindi, in conclusione, ha affermato che «Alla luce delle superiori coordinate giurisprudenziali [...] la sentenza appellata va riformata in accoglimento del proposto motivo di gravame», e che, «Avendo la controversia in esame pacificamente oggetto la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento in regime di *sub*-concessione di spazi demaniali all'interno dello scalo aeroportuale di Catania da parte della concessionaria S.A.C. S.p.a., società tenuta, quale "*impresa pubblica*" ed "*ente aggiudicatore*", all'espletamento di procedure selettive soggette alla direttiva europea 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 e, pertanto, alle norme del codice dei contratti applicabile *ratione temporis*, essa rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a) e b), c.p.a.».

Con il ricorso iscritto nel R.G. n. 21685/2023 la SAC ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione avverso la pronuncia, affidato ad un unico motivo, cui ha controdedotto nel merito la società Le Antiche Delizie, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del regolamento preventivo.

In prossimità dell'udienza le parti costituite hanno illustrato le rispettive difese con memorie. Le altre società sono rimaste intime.

Con separato ricorso, iscritto nel R.G. con n. 22008/2024, la società Lagardere Travel Retail Italia s.r.l. ha impugnato la medesima pronuncia ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ., affidandosi ad un solo motivo e chiedendo la cassazione della decisione del giudice amministrativo d'appello. Anche in questo giudizio Le Antiche Delizie si è costituita con controricorso, eccependo l'inammissibilità e nel merito contestando le ragioni avverse. La SAC si è parimenti costituita con ricorso incidentale. Le rispettive ragioni sono state ulteriormente illustrate con memorie.

La Procura Generale, nella persona del Sostituto procuratore generale Alberto Cardino, per entrambi i ricorsi ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

All'esito dell'adunanza camerale del 23 aprile 2024, disposta l'unitaria trattazione dei due ricorsi (cfr Cass. 36057-2021), la causa è stata riservata e decisa.

Le altre società, pur vocate nel giudizio dinanzi al TAR, non hanno inteso difendersi.

Ragioni della decisione

1- Nel ricorso n. 21685/2023 con l'unico motivo la SAC insiste sulla giurisdizione ordinaria in merito all'oggetto della controversia, per il carattere negoziale e non provvedimentale degli atti di gestione di un rapporto contrattuale che abbia ad oggetto la sub-concessione di uno spazio dell'area aeroportuale per l'esercizio di un'attività commerciale "non aviation".

2- Deve tuttavia procedersi all'esame preliminare dell'eccezione sollevata dalla Le Antiche Delizie nel giudizio principale, ossia l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione avverso la sentenza d'appello, con cui il giudice ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo. A tal fine la controricorrente ha invocato la violazione degli artt. 41 cod. proc. civ. e 11, comma 3, c.p.a.

2.1- Quando considerato come regolamento preventivo di giurisdizione, il ricorso è inammissibile, perché secondo il tenore dell'art. 41 cod. proc. civ., e secondo un consolidato orientamento di questa Corte, il regolamento preventivo di giurisdizione costituisce uno strumento preventivo per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione. Non è pertanto più proponibile dopo che il giudice di merito abbia emesso una sentenza, anche se limitata alla sola giurisdizione o ad altra questione processuale, atteso che la risoluzione della questione di giurisdizione può essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo (Sez. U, 7 marzo 2007, n. 5193; Sez. U, 27 ottobre 2011, n. 22382; Sez. U, 27 luglio 2016, n. 15542; Sez. U, 18 luglio 2019, n. 19368; Sez. U, 28 maggio 2020, n. 10083; Sez. U, 3 marzo 2021, n. 5806; Sez. U, 19 aprile 2021, n. 10243; Sez. U, 17 settembre 2021, n. 25167 e n. 25168; Sez. U, 26 ottobre 2021, n. 30111).

2.2- Tuttavia è altrettanto incontestabile che la statuizione sulla giurisdizione è stata assunta in sede d'appello dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e che avverso di essa la ricorrente ben avrebbe potuto adire questa stessa Corte per questioni attinenti la giurisdizione, ossia lo stesso organo giudicante cui si è rivolta con il regolamento invocato, ciò facendo nei termini prescritti dall'art. 325, secondo comma, cod. proc. civ. (sentenza pubblicata il 29 settembre 2023 ed impugnata il 7 novembre 2023). Sussistono pertanto i presupposti per la conversione del regolamento in ricorso per cassazione per motivi attinenti la giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ. (Sez. U, 2 luglio 2007, n. 14952; 19 aprile 2021, n. 10243).

2.3- Con il ricorso n. 22008/2024 anche la Lagardere ha censurato la pronuncia impugnata con un unico motivo, denunciando la violazione dell'art. 133 c.p.a. in materia di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e quello ordinario, insistendo per la giurisdizione di quest'ultimo.

2.3.1- Anche in questo caso la controricorrente ha sollevato ragioni di inammissibilità del ricorso, e precisamente: a) per difetto di interesse della Lagardere, per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto in occasione della seduta della procedura di presentazione delle offerte, tenutasi in data 7.12.2023, quest'ultima non avrebbe partecipato o presentato alcuna offerta; b) per violazione dell'art. 362 c.p.c, 110 e 11 comma 3, c.p.a., in quanto, dopo la sentenza emessa dal CGARS ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 105 c.p.a., la società Le Antiche Delizie avrebbe tempestivamente (in data 13.10.2023) riassunto il giudizio dinanzi al TAR Catania, prima che i ricorsi principale e incidentale ex art. 362 c.p.a. e 110 c.p.a fossero promossi dinanzi alla Corte di legittimità (rispettivamente il 9.11.2023 e il 21.11.2023), con ciò cristallizzando definitivamente la giurisdizione del giudice amministrativo; c) perché, eccependo la non corretta applicazione delle disposizioni di cui all'art. 133, comma 1 c.p.a. e delle disposizioni in materia di concessioni derivanti dai principi euro-unitari, le ricorrenti avrebbero indirizzato le censure su questioni attinenti i limiti interni della giurisdizione amministrativa.

2.3.2- Mentre la prima delle ragioni per le quali è stata sollevata l'eccezione di inammissibilità del ricorso della Lagardere afferisce a RGN 21685/2023; 22008/2024

questione, rispetto alla quale la giurisdizione costituisce aspetto pregiudiziale e antecedente logico-giuridico, sicché essa sarà risolta dal giudice che all'esito del presente processo verrà individuato come giudice della controversia, occorre esaminare, e rigettare, la seconda e la terza ragione di inammissibilità eccepita avverso i ricorsi, principale e incidentale, proposti dalla Lagardere e dalla SAC.

È infondata la seconda delle ragioni, secondo cui con la riassunzione tempestiva del processo dinanzi al TAR si era ormai cristallizzata la giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che, sino a quando non siano decorsi i termini per l'impugnazione della suddetta decisione, essa è priva del crisma della definitività, né si è consumato il potere impugnatorio di ciascuna delle parti della controversia.

È infondata la terza ragione di inammissibilità, secondo cui le censure sarebbero state indirizzate su questioni attinenti i limiti interni della giurisdizione amministrativa, atteso che, al contrario, nel contestare la sentenza, laddove ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo, i ricorrenti hanno denunciato la violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

3- Nel merito l'impugnazione è fondata.

3.1- Deve premettersi che con consolidato indirizzo interpretativo questa Corte ha affermato che la giurisdizione si determina sulla base della domanda, e, quanto al riparto tra giudice ordinario e amministrativo, non ha rilevanza la prospettazione della parte, ma il cd. *petitum* sostanziale, da identificarsi non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione chiesta al giudice, quanto sulla base della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti dedotti a fondamento della pretesa fatta valere con l'atto introduttivo della lite e al rapporto giuridico di cui sono espressione (già Sez. U, 8 maggio 2007, n. 10374; 25 giugno 2010, n. 15323; tra le più recenti, *ex multis*, Sez. U, 27 luglio 2022, n. 23436; 21 settembre 2021, n. 25480; 15 gennaio 2021, n. 615; 8 luglio 2020, n. 14231; 28 febbraio 2019 n. 6040; 15 settembre 2017, n. 21522).

3.2- Secondo la ricorrente "l'invito a manifestare interesse per l'assegnazione di aree per l'esercizio di attività non aviation", impugnato dinanzi al TAR, sarebbe solo un mero atto negoziale e non un provvedimento

amministrativo, relativo alla sub-concessione di spazi interni aeroportuali per l'esercizio di attività commerciali non-aviation, e come tale non assoggettabile all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

3.2.1- Questa Corte, proprio in riferimento a controversia interessante la medesima SAC, avente ad oggetto l'assegnazione in regime di sub-concessione di spazi da destinarsi ad attività commerciali "non aviation", ha affermato la natura privatistica del rapporto, con conseguente devoluzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria (Sez. U, 30 giugno 2023, n. 18610).

3.2.2- A tal fine il precedente, dopo aver richiamato l'art. 7 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha sostenuto che la controversia in esame non rientra tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ha quindi rilevato che «Come anche di recente precisato (cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 10 gennaio 2020, n. 25), le attività svolte in ambito aeroportuale si distinguono tra attività c.d. *aviation* (inerenti alle operazioni di volo ed ai servizi strumentali e collegati) e attività c.d. *non aviation* (relative a servizi commerciali offerti ai passeggeri all'interno dell'area aeroportuale), ed, in particolare, le attività *aviation* comprendono: a) l'*aviation* in senso stretto, relativa alla gestione, allo sviluppo ed alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti (elencate all'all. B d.lgs. n. 18/1999), l'offerta di servizi e delle attività connesse all'approdo ed alla partenza degli aeromobili e i servizi di sicurezza aeroportuale; b) l'*handling* (o servizi di assistenza a terra, elencati nell'all. A d.lgs. n. 18 cit.), inerente alle attività commerciali complementari, accessorie e strumentali alla prestazione di trasporto aereo, svolte in ambito aeroportuale, nonché le operazioni funzionali al decollo ed all'approdo degli aeromobili nonché alla partenza e all'arrivo dei passeggeri, svolte sia «*airside*» (imbarco/sbarco di passeggeri, bagagli e merci; bilanciamento degli aeromobili; smistamento e riconcilio dei bagagli; guida al parcheggio; rifornimenti etc.) sia in «area passeggeri» (servizi di biglietteria, informazioni, *check in*, *lost & found*, informazioni etc.): attività assoggettate, con il d.lgs. n. 18 cit., ad un regime di liberalizzazione regolamentata, in coerenza con la politica comunitaria di apertura alla concorrenza del mercato del trasporto aereo. Mentre rientrano nelle attività *non aviation*: c) il *travel retail* (cioè il complesso delle attività commerciali al dettaglio offerte ai passeggeri, agli operatori ed ai visitatori

all'interno dell'aeroporto: negozi, bar, ristoranti etc.); d) le altre attività, svolte sia all'interno dell'area aeroportuale (affissioni pubblicitarie, banche, farmacie, lavanderie, alberghi, *slot machines*, etc.) sia all'esterno (gestione dei parcheggi)».

Ha richiamato l'orientamento favorevole al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lettere b) e c), c.p.a., per la presenza dei presupposti soggettivo (presenza di un ente tenuto al rispetto di un procedimento ad evidenza pubblica) ed oggettivo (affidamento di un servizio pubblico): a) perché si tratterebbe di una concessione di servizi e la SAC avrebbe natura di impresa pubblica; b) perché l'ente concedente non sarebbe estraneo al rapporto derivato di sub-concessione, intercorrente tra il concessionario ed il terzo, per lo strutturale collegamento tra le sub-concessioni e l'atto autoritativo concessorio originario, onde anche l'attività negoziale del concessionario si atteggierebbe come una funzione pubblica (cfr. Tar Sicilia-Catania 31 gennaio 2022, n. 288; CGARS 7 giugno 2021 n. 512; CGARS, 8 luglio 2021, n. 674; 7 luglio 2020, n. 549; 23 maggio 2017, n. 221; 2 maggio 2017, n. 205).

Ha tuttavia ritenuto che le suddette argomentazioni non sarebbero sufficienti a mutare l'orientamento, più volte ribadito, secondo cui le controversie relative ai rapporti di sub-concessione di spazi situati all'interno del demanio aeroportuale c.d. *non aviation* spettano alla giurisdizione ordinaria.

In conformità ai propri precedenti (*e multis*, Sez. U, 13 maggio 2020, n. 8849, in tema di affidamento in sub-concessione di parcheggi ad uso pubblico nell'aeroporto di Venezia; 27 febbraio 2017, n. 4884; 6 maggio 2016, n. 9141 18 aprile 2016, n. 7663, con riguardo all'attività di avvolgimento dei bagagli con pellicola protettiva; 29 aprile 2015, n. 8623; 19 dicembre 2012, n. 26823; 25 giugno 2002, n. 9288; 25 giugno 2002, n. 9233), condivisi anche in altre pronunce del giudice amministrativo (Cons. Stato 5 dicembre 2022 n. 10634; 31 ottobre 2022, n. 9391; 29 gennaio 2018, n. 590; 18 dicembre 2017, n. 5930; 24 aprile 2017, n. 1892 e n. 1897; Tar Lazio-Roma, sez. III, 21 novembre 2019 n. 13398), ha ritenuto che la controversia relativa all'affidamento in sub-concessione di spazi, disposto dal gestore aeroportuale, spetti alla giurisdizione ordinaria, non

sussistendo i presupposti richiesti dall'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., ai fini della devoluzione alla giurisdizione amministrativa.

Infatti, sotto il profilo oggettivo, la sub-concessione di spazi per attività commerciali "non aviation" esula dal novero delle attività strumentali alle operazioni del gestore aeroportuale nei c.d. settori speciali, non rientrando nell'elenco tassativo dei servizi di assistenza a terra, propedeutici al trasporto aereo, ma costituendo un'attività meramente eventuale, prestata solo su richiesta del cliente e da questi autonomamente remunerata, con la conseguenza che l'affidamento di tale servizio, di natura puramente commerciale, non soggiace alle regole del procedimento ad evidenza pubblica e si risolve in un contratto di diritto privato.

L'ente di gestione è d'altronde «*il soggetto cui è affidato, 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*», quale concessionario del servizio aeroportuale, con il compito di gestire l'infrastruttura aeroportuale e coordinare le attività degli altri operatori presenti (art. 2 d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18).

Ha inoltre ricordato (ex art. 3, comma 1, III del d.lgs. n. 50 del 2016), che per l'obbligo all'indizione di gara ad evidenza pubblica è necessaria la presenza di due presupposti. Il primo è costituito dall'operare in settori speciali, e il secondo dall'affidare a terzi un'attività strumentale a quella svolta nell'ambito dei settori speciali.

Ebbene, l'operare in "settori speciali", nell'ambito degli aeroporti risulta identificabile, sulla base dell'art. 119 del d.lgs. n. 50 del 2016, nelle sole attività "aviation", ossia relative allo sviluppo e alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti e nell'offerta ai clienti dei servizi e delle attività connessi all'atterraggio ed alla partenza degli aeromobili, nonché ai servizi di sicurezza aeroportuale (Sez. U, 8849 del 2020, cit.).

Quanto alla strumentalità dell'attività oggetto dell'affidamento, il concetto va inteso in senso restrittivo, come funzionale alla realizzazione degli scopi propri (*core business*) dell'attività speciale, non potendosi in esso anche inglobare attività di mera natura commerciale, che non rappresentano il necessario strumento realizzativo dei compiti propri del gestore

aeroportuale di assistenza a terra dei passeggeri (Sez. U, 13 maggio 2020, n. 8849, cit.).

Si tratta di ipotesi dalle quali esula del tutto il caso di specie, né può ritenersi che nell'affidamento a terzi, da parte del gestore aeroportuale, del servizio in questione, l'E.N.A.C. sia parte, con esercizio di funzioni di vigilanza e controllo sulle attività oggetto della concessione. Esso è invece estraneo e ciò trova conferma laddove, nella definizione delle destinazioni d'uso dei beni affidati in concessione, l'indicazione delle aree e dei beni destinati alle attività ed ai servizi aeroportuali sono in realtà tenuti distinti da tutti gli altri beni destinati alle attività non aeronautiche.

Sotto tale profilo l'atto di concessione tra lo stesso e la S.A.C. s.p.a. costituisce solo un mero antecedente storico.

In particolare, nella specie tale requisito deve ritenersi assente, trattandosi della concessione di un'area demaniale nella quale trova svolgimento un servizio di vendita di prodotti tipici locali, privo di qualsiasi natura necessaria, nel contesto delle operazioni di assistenza a terra, propedeutiche al trasporto. Si tratta peraltro di prestazione meramente eventuale, in applicazione del principio già enunciato da questa Corte proprio a proposito dei servizi analoghi di bar-ristorante: secondo cui i servizi di natura commerciale – pur se svolti in un'area di pertinenza aeroportuale ad uso esclusivo di privati, sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo cui l'amministrazione concedente resti estranea – non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, risolvendosi in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria (Sez. U., nn. 9233 e 9288 del 2002, cit.).

Proprio con riguardo alla S.A.C. s.p.a. ed alla sub-concessione di aree demaniali all'interno dell'aeroporto di Catania, oltre alla pronuncia del 2023, vi sono altri precedenti in tal senso di questa Corte (Sez. U, 29 aprile 2015, n. 8623, per la locazione di spazi ad uso commerciale; Sez. U, 19 dicembre 2009, n. 26823, su controversia avente ad oggetto l'annullamento delle delibere e dei contratti di sub-concessione di spazi commerciali all'interno di un aeroporto, per l'espletamento dell'attività di *food & beverage*).

Come già evidenziato nel precedente di queste sezioni unite, è vero che nel caso di specie l'atto impugnato da Le Antiche Delizie avanti il giudice amministrativo consiste nella pubblicazione della manifestazione di interesse

per l'assegnazione di un'area dell'aeroporto, identificato come lotto n. 20, ma è altrettanto vero che esso è stato emesso da un soggetto non tenuto all'applicazione del codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) per le attività c.d. *non-aviation*, non assoggettate all'applicazione delle regole ad evidenza pubblica.

Sul punto, anzi, questa Corte aveva già rilevato che l'art. 33, secondo comma, lettera d), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 -nel testo sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205- non attrae nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative all'affidamento di appalto (nella specie, di lavori di costruzione di un parcheggio multipiano e a raso a beneficio dell'aeroporto di Ancona-Falconara) da parte di soggetto che, pur non tenuto all'applicazione del procedimento di evidenza pubblica, abbia scelto comunque di adottarlo, in tal guisa procedimentalizzando l'individuazione in concreto dell'appaltatore, essendo irrilevante, in mancanza di un obbligo al riguardo, che il bando di gara faccia riferimento alla normativa comunitaria e alla legge quadro in materia di lavori pubblici (così Sez. U, 15 aprile 2005, n. 7800).

4- Per quanto chiarito, il rapporto tra S.A.C. s.p.a. ed il sub-concessionario per attività *non-aviation* è solo negoziale.

La controversia, dunque si palesa nella sostanza di natura privatistica, avendo ad oggetto la relazione intersoggettiva tra il sub concessionario ed il terzo. Non si verte, infatti, in tema di estrinsecazione di poteri autoritativi, attenendo la domanda oggetto del giudizio –al di là della sua letterale formulazione– a posizioni di diritto soggettivo.

Il ricorso trova pertanto accoglimento, perché la controversia è nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

La sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana deve essere cassata e le spese di causa vanno rimesse al giudice di merito, dinanzi al quale il giudizio va riassunto.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, accoglie i ricorsi; dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, cassa la sentenza e rinvia la causa dinanzi al Tribunale ordinario territorialmente competente, dinanzi al quale il processo va

riassunto e a cui domanda, in diversa composizione, anche la liquidazione delle spese di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 23 aprile 2024