



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6253 del 2018, proposto da BGY International Services S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Doddi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Filippo Civinini, 85;

***contro***

ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia "ex lege" in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per l'annullamento***

- dell'edizione n. 5-Em. 1 del Regolamento ENAC concernente "Certificazione dei prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra", approvato con delibera del CdA del 25.01.2018, pubblicato sul sito dell'ENAC in data 16.03.2018, con specifico riferimento all'art. 10, rubricato "condizioni per il ricorso al subappalto", lett. d);

- di ogni atto precedente e successivo, preparatorio o consequenziale, comunque connesso con i provvedimenti impugnati, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile, con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza collegiale n. 7186/2021 del 16 giugno 2021;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 ottobre 2021 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con rituale ricorso a questo Tribunale, la BGY International Service s.r.l. ("BGY"), qualificandosi quale società "leader" nello svolgimento di servizi di assistenza a terra (c.d. "handling"), operante presso lo scalo di Bergamo Orio al Serio, chiedeva l'annullamento del Regolamento ENAC concernente la "Certificazione dei prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra", approvato con delibera del C.d.A. del 25.01.2018 ("Regolamento"), relativamente alla disposizione di cui all'art. 10, comma 1, lett. d), secondo la quale "*...non può essere subappaltata per intero ciascuna delle categorie di servizi di assistenza a terra di cui all'allegato "A" del D.Lgs. 18/1999. Il subappalto è ammesso per un numero di sottocategorie non superiore alla metà di quelle indicate per ciascuna categoria per le quali il prestatore è certificato; in caso di sottocategorie in numero dispari l'approssimazione si calcola per difetto*".

Ripercorrendo l'"iter" normativo che ha portato all'entrata in vigore del d.lgs. n. 18/1999, concernente il recepimento della direttiva 96/67/CE, che ha liberalizzato il mercato dell'"handling" negli aeroporti italiani con traffico annuale pari o superiore

a due milioni di passeggeri o a 50 mila tonnellate di merci (ivi compreso, quindi, quello di Bergamo), la ricorrente evidenziava che, con la disposizione impugnata, l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile ("ENAC") aveva introdotto una serie di prescrizioni - e imposto dei vincoli assenti nelle precedenti edizioni del medesimo Regolamento - ultronee e in contrasto rispetto a quanto previsto dalla normativa nazionale e comunitaria di riferimento, a discapito delle società di "handling" che aspirino ad ottenere e/o a mantenere la certificazione di prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra, andando a restringere illegittimamente - in alcuni casi sopprimendola del tutto - la possibilità di accesso al mercato.

In sintesi, BGY lamentava quanto segue.

"1. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 96/67CE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.LGS. N. 18/1999. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/1990. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 41 COST. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE. IRRAGIONEVOLEZZA, ARBITRARIETÀ E ILLOGICITÀ MANIFESTA. DISPARITÀ DI TRATTAMENTO".

Con la nuova e impugnata disposizione l'ENAC, in assenza di motivazione, aveva introdotto dei limiti del tutto illegittimi all'istituto del subappalto nel mercato dell'"handling", vietandolo per alcune delle categorie dell'allegato "A" del d.lgs. cit., ampliandolo contraddittoriamente per altre categorie e limitandolo irragionevolmente per quelle categorie composte da un numero esiguo di "sottocategorie", a maggior ragione nelle ipotesi in cui quest'ultime siano in numero dispari. Infatti, le attività di assistenza a terra sono ora contemplate in undici categorie di servizi che spaziano dall'assistenza amministrativa a terra sino alla ristorazione "catering", all'assistenza passeggeri, a quella bagagli, alle operazioni in pista, all'assistenza carburante/olio e altre. Ciò tenendo conto che le "sottocategorie" non rappresentano la totalità delle attività ricomprese nella categoria di riferimento, ma hanno un carattere meramente indicativo, teso ad offrire agli operatori talune specificità sui singoli servizi (indicati nelle categorie).

Inoltre, non era stato considerato che alcuni servizi, come quelli contemplati nelle categorie 2 e 3, anche in assenza di un elenco di “sottocategorie”, rappresentano un complesso di attività esercitabili disgiuntamente e in via frazionata, tanto che l’ENAC le provvede a certificare anche separatamente.

Erano poi richiamate, a titolo esemplificativo, alcune categorie (n. 5 e n. 6) per le quali, se strutturate con un numero superiore di “sottocategorie” (come la categoria 5 che si compone di ben sette sottocategorie), il ricorso al subappalto poteva anche superare il limite previsto nella precedente versione del Regolamento (il 30% del fatturato globale annuo realizzato dal prestatore certificato sul singolo Aeroporto) mentre per altre (la categoria 6 relativa alla pulizia di bordo, suddivisa in sole tre “sottocategorie” di non particolare complessità), il ricorso al subappalto era consentito per una sola sottocategoria, tenuto conto dell’approssimazione per difetto come introdotta. In tal caso, gli operatori di “handling” irragionevolmente, da un lato, dovrebbero procedere a subappaltare la sola pulizia (sottocategoria 6.1), per poi provvedere, in proprio, a posizionare le attrezzature di cabina (sottocategoria 6.3); il tutto con un evidente aggravio di tempo, costi e procedure, atteso che le due sottocategorie sono state sempre subappaltate in favore di un unico operatore in ragione della stretta interdipendenza tra le stesse.

Per la ricorrente, l’ENAC avrebbe dovuto approfondire nel dettaglio la composizione delle singole categorie e motivare eventuali esclusioni per alcuni servizi. Nel caso di specie ha invece preferito ricorrere ad un criterio che, come formulato, non è idoneo a perseguire nessuna giustificata utilità per l’Amministrazione, atteso che il limite introdotto incide, tra l’altro, su attività collaterali, di non particolare complessità, il cui espletamento non è in grado di incidere in alcun modo sulla sicurezza e sulla regolare operatività aeroportuale e, al contempo, amplia la possibilità di ricorrere al subappalto per attività “delicate” e che vengono espletate direttamente in aree sensibili. Ciò in aperto contrasto con gli intenti di liberalizzazione e “pro-concorrenziali” perseguiti dalle richiamate fonti

normative, eurounitarie e nazionali, le quali prevedono che l'accesso al mercato da parte dei prestatori di servizi di assistenza a terra, proprio in virtù della liberalizzazione operata, debba avvenire in modo non discriminatorio tra i diversi prestatori e utenti, che eventuali limitazioni siano necessariamente correlate ad esigenze di sicurezza, di capacità e di spazio disponibili nello scalo, tali da incidere sull'operatività dell'aeroporto stesso e che siano adottate pur sempre nel superiore rispetto dei criteri di trasparenza, obiettività e non discriminazione.

In realtà – proseguiva la ricorrente – l'istituto del subappalto, secondo anche quanto stabilito dalla giurisprudenza dell'Unione, rappresenta in sé un importante strumento strategico, orientato a consentire una maggiore apertura del mercato, nell'auspicata ottica di liberalizzazione, favorendo il confronto competitivo tra gli operatori e consentendo l'accesso delle imprese di piccole e medie dimensioni, nonché di quelle di nuova costituzione.

Invece l'ENAC aveva introdotto un limite gravoso, eccessivo e del tutto sproporzionato, ponendo in essere una illegittima limitazione per l'accesso al mercato dei prestatori dei servizi di assistenza a terra, ponendosi in una direzione opposta a quella voluta dal legislatore e generando un'ingiustificata discriminazione tra i diversi operatori che comportava delle conseguenze illogiche e addirittura controproducenti al regolare svolgimento delle attività aeroportuali su cui è invece preposta a vigilare.

BGY, quindi, richiamava alcune posizioni giurisprudenziali, anche di questo TAR, sull'istituto del subappalto nei servizi aeroportuali e sulla sua illegittima limitazione, che invece l'ENAC aveva surrettiziamente eluso con la nuova disposizione regolamentare impugnata e non motivata, a differenza di altre contenute nello stesso Regolamento del 2018 (art. 9).

A tale scopo la ricorrente richiamava a titolo esemplificativo la categoria 3 (assistenza bagagli), ove il subappalto era stato da sempre "incoraggiato", non collidendo con ragioni di sicurezza ed evitando anche la presenza di un numero elevato di soggetti, potendosi fare ricorso ad un unico subappaltatore che, in virtù

di distinti contratti, provvedeva, in un'ottica di efficientamento, allo smistamento dei bagagli sui carrelli per i voli assistiti dai diversi prestatori di servizi di assistenza a terra. Ebbene, con il nuovo limite introdotto, risulta vietato il subappalto per tale categoria (trattandosi di categoria "unica" che pur contemplando al proprio interno distinte attività tra loro eterogenee non si presenta articolata in sottocategorie), subappalto invece consentito, ad esempio, per l'intera sottocategoria n. 5.4 che disciplina la sequenza successiva all'assistenza bagagli, ossia il servizio che, una volta effettuato lo smistamento nell'apposito locale, consegna i bagagli direttamente a bordo e che si svolge non più nell'aerostazione, ma direttamente in pista e a contatto con l'aeromobile, con evidenti ragioni che dovrebbero implementare il controllo della sicurezza.

Pertanto, secondo la ricorrente, l'ENAC, senza verificare i diversi servizi di cui si compone l'Allegato "A" ed individuare quali, tra questi, potevano, per ragioni di sicurezza, essere oggetto di limitazioni, aveva introdotto un criterio generico e meramente "aritmetico", privo di qualsivoglia logica giustificazione e, come tale, del tutto illegittimo.

Il tutto, considerando anche che l'ENAC aveva travalicato le sue competenze ex art. 13 d.lgs. n. 18/1999, limitate alla verifica dell'idoneità dei prestatori di assistenza a terra e, nello specifico, del possesso, in capo ai medesimi operatori, dei requisiti legislativamente indicati nella disposizione in questione, perché aveva limitato, peraltro irragionevolmente, la libertà di iniziativa economica privata, come tale idonea a falsare le regole del mercato "liberalizzato".

**"2. VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA 96/67/CE. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 49 E 56 DEL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA (TFUE). VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 16 E 41 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41 E 97 COST. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA. ECCESSO DI POTERE PER**

## ILLOGICITÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA”.

La previsione impugnata, ponendo in essere una ingiustificata ed illegittima limitazione alla possibilità di ricorrere al subappalto si poneva direttamente in contrasto anche con gli artt. 49 e 56 del TFUE, in quanto ostacolava o, comunque, rendeva meno “attraente”, l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, quali linee direttrici delle politiche dell’Unione che tutti i Paesi membri sono obbligati a perseguire, evitando qualunque tipo di limitazione, diretta o indiretta, se non in casi eccezionali e giustificati da interessi generali.

In particolare, le imprese di recente costituzione e quelle di piccole o medie dimensioni rischiano, di fatto, di essere “tagliate fuori” dal mercato in quanto non sempre in possesso di una struttura tale da consentirgli di svolgere in proprio tutte le categorie interessate e non potendo, così, confrontarsi, ad armi pari, con “competitors” già presenti e “strutturati” all’interno del settore di riferimento, rendendo al contempo antieconomico, da parte dei subappaltatori, l’espletamento dei servizi meno remunerativi.

A conferma, la ricorrente richiamava una pronuncia della Corte UE, secondo cui le limitazioni al subappalto devono rivestire carattere di eccezionalità e possono essere adottate solo a seguito di una ponderata valutazione del caso concreto.

Risultava violato anche il principio di proporzionalità, dato che, pur ammettendo che alla base della predetta previsione vi siano esigenze di pubblico interesse, prime fra tutte la sicurezza e/o l’ordine pubblico, è evidente come, in accordo al principio di proporzionalità, si sarebbero dovute individuare misure che, anziché precludere in via generalizzata ed indiscriminata la possibilità di ricorrere al subappalto per intere categorie di “handling”, avrebbero dovuto essere individuate limitazioni basate su criteri ragionevoli e tali da sacrificare gli interessi degli operatori del settore nella misura minore possibile.

“3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3, 7, 9 E 10 DELLA LEGGE N. 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ,

CORRETTEZZA E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. ILLOGICITÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA. TRAVISAMENTO DEI FATTI ED ERRATA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI”.

La previsione impugnata risultava illegittima anche perché adottata in palese violazione delle norme sulla partecipazione nel procedimento amministrativo, dato che la ricorrente aveva tempestivamente provveduto ad elaborare e trasmettere all'ENAC puntuali osservazioni alla bozza di regolamento pubblicata sul sito dell'Ente, ma l'ENAC non aveva tenuto minimamente conto del contenuto delle stesse, orientato a rilevare sostanzialmente quanto illustrato nel primo motivo di ricorso.

La ricorrente, in seguito, riepilogava le sue difese in una memoria depositata per l'udienza di merito. In prossimità di questa si costituiva in giudizio l'ENAC, depositando documentazione e una relazione in cui illustrava le ragioni orientate alla reiezione del gravame.

All'esito della trattazione, questa Sezione pronunciava l'ordinanza in epigrafe con la quale, sulla base della eccepita tardività della documentazione depositata dall'ENAC da parte della ricorrente con note di udienza ex d.l. n. 137/2020, respingeva la richiesta di espunzione della stessa dal fascicolo di causa, rilevando che la documentazione depositata dall'ENAC oltre i termini di legge era necessaria ai fini della decisione, essendo peraltro l'Ente tenuto al relativo deposito ai sensi di quanto disposto dall'art. 46, comma 2, c.p.a., e fissava nuova udienza di merito al fine del rispetto del contraddittorio.

In prossimità di questa, parte ricorrente depositava ulteriore documentazione e memoria, in cui insisteva nell'evidenziare l'irritualità della relazione difensiva dell'Ente, non sottoscritta dall'Avvocatura dello Stato, e comunque l'erroneità delle tesi difensive sulla base dell'illustrazione dei motivi di ricorso.

La causa era nuovamente trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 6 ottobre

2021.

## DIRITTO

Il Collegio, in primo luogo rileva come infondate le doglianze di inammissibilità delle difese dell'ENAC, non formalmente “fatte proprie” dall'Avvocatura erariale.

Sul punto, già l'ordinanza collegiale in epigrafe ha chiarito che la documentazione depositata era stata comunque ritenuta necessaria ai fini della decisione, ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.a.

Inoltre, non si rinviene alcuna normativa che prevede formule sacramentali affinché l'Avvocatura dello Stato debba “fare proprie” delucidazioni e conclusioni contenute in un documento depositato in giudizio per conto dell'Amministrazione di cui ha il patrocinio, fermo restando il rispetto dei termini a difesa che cambia in relazione al deposito di documentazione o atti difensivi, ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., termine che nel caso di specie è stato fatto osservare con l'ordinanza sopra richiamata.

A ciò deve aggiungersi che la ricorrente ha comunque avuto ampio modo di interloquire e confutare “nel merito” le deduzioni dell'ENAC.

Premesso ciò, il Collegio rileva la fondatezza del primo motivo di ricorso – con assorbimento di quanto dedotto nel secondo e terzo - nei sensi di quanto si va a esporre.

Il d.lgs. n. 250/1997, istitutivo dell'ENAC, prevede all'art. 2, comma 1, diversi compiti di regolamentazione e controllo per l'Ente, rilevando quanto previsto dalle lett. a) e b), secondo cui l'ENAC provvede alla : a) regolamentazione tecnica ed attività ispettiva, sanzionatoria, di certificazione, di autorizzazione, di coordinamento e di controllo, nonché tenuta dei registri e degli albi nelle materie di competenza; b) razionalizzazione e modifica delle procedure attinenti ai servizi aeroportuali, secondo la normativa vigente ed in relazione ai compiti di garanzia, di indirizzo e programmazione esercitati.

Non emerge – evidentemente - alcuna possibilità di interferire con il mercato e la

libera concorrenza di cui agli aeroporti tramite provvedimenti di ordine generale, essendo la “ratio” alla base dell’istituzione dell’Ente stesso quella di disciplinare essenzialmente condizioni di sicurezza, anche attraverso l’applicazione della propria potestà regolamentare e di vigilanza.

Il successivo d.lgs. n. 18/1999, adottato in recepimento della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della (allora) Comunità Europea, prevede all’art. 4, comma 2, che *“L’E.N.A.C., per motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell’aeroporto, può limitare il numero dei prestatori per le categorie di servizi di assistenza bagagli, assistenza operazioni in pista, assistenza carburante e olio, assistenza merci e posta per quanto riguarda il trattamento fisico delle merci e della posta in arrivo, in partenza e in transito, tra l’aerostazione e l’aeromobile. In ogni caso il numero dei prestatori non può essere inferiore a due, per ciascuna delle categorie di servizi sottoposte a limitazione. E’ comunque garantita a tutti gli utenti, indipendentemente dalle parti di aeroporto a loro assegnate, l’effettiva scelta tra almeno due prestatori di servizi di assistenza a terra”*.

Come ricordato anche dall’ENAC in questa sede, il legislatore italiano ha scelto di attuare la liberalizzazione del mercato dei servizi di “handling” prevedendo una certificazione dei prestatori, consentendo e garantendo l’accesso al mercato ai prestatori di servizi che ottengono la certificazione di idoneità da parte dell’Ente, che – dunque - solo sotto tale profilo può operare incidendo direttamente sull’accesso al libero mercato di cui alla richiamata direttiva CE, laddove rinvenga ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell’aeroporto. Sono questi soltanto i parametri nell’ambito dei quali l’Ente può dunque introdurre in via regolamentare limitazioni di accesso ai prestatori.

A corollario di ciò, il Collegio osserva che, facendo riferimento a ragioni “inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell’aeroporto”, è sicuramente più aderente al testo legislativo la soluzione che veda l’ENAC intervenire nel caso concreto, per singolo aeroporto rispetto alla sua conformazione, piuttosto che con

norme di ordine generale che coinvolgano tutti i prestatori, siano o meno “certificati”.

Vi è da dire, poi, che l’”Allegato A” al d.lgs. in questione contiene l’indicazione di undici categorie, suddivise in sottocategorie, in cui sono descritti i “servizi di assistenza a terra” che costituiscono il perimetro delle attività liberalizzate.

Entrando nel nucleo dell’odierno contenzioso, si rileva che, nel Regolamento impugnato, sono state introdotte le disposizioni di cui all’art. 10, comma 1, lett. d), e commi 2 e 3, secondo i quali:

*“Il ricorso al subappalto da parte di prestatore certificato è ammesso alle condizioni seguenti:...d) non può essere subappaltata per intero ciascuna delle categorie di servizi di assistenza a terra di cui all’allegato “A” del D.lgs. 18/1999. Il subappalto è ammesso per un numero di sottocategorie non superiore alla metà di quelle indicate per ciascuna categoria per le quali il prestatore è certificato; in caso di sottocategorie in numero dispari l’approssimazione si calcola per difetto.*

*2. Nel caso in cui l’accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra sia accordato a seguito di gara, negli aeroporti soggetti a provvedimenti di limitazione ai sensi degli artt. 4, 5 e 12 del D.lgs. 18/1999, il ricorso al subappalto sarà consentito solo se, in sede di offerta, il concorrente prestatore certificato abbia indicato i servizi che intende subappaltare.”*

*3. E’ vietato al subappaltatore di affidare a terzi i servizi per i quali è stato autorizzato il subappalto.”*

Ebbene, prendendo in esame la prima disposizione di cui alla lett. d), non può essere condivisibile la tesi dell’Ente resistente, secondo la quale la normativa primaria regola l’accesso ai soli prestatori “certificati”, ma non il subappalto e l’accesso al sedime aeroportuale di soggetti diversi da quelli “certificati”, con la conseguenza che l’ENAC vanterebbe comunque un potere discrezionale, non sindacabile in questa sede, sull’accesso di soggetti diversi dai prestatori “certificati” ben potendo porre limiti di impiego al subappalto, nei sensi di cui alla richiamata

lett. d).

Il Collegio osserva, infatti, che la norma primaria di cui al d.lgs. cit. non introduce distinzioni nell'ambito dei poteri di restrizione all'accesso, sia pure motivato da ragioni di spazio e sicurezza, tra prestatori "certificati" e altri operatori, facendo riferimento genericamente a prestatori di servizi di "handling", laddove richiama il potere di limitare il "numero dei prestatori", senza null'altro aggiungere. Inoltre, come sopra anticipato, tale limitazione può operare solo per "motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile nell'aeroporto".

Lo stesso riferimento al singolare "aeroporto" sta a significare – aggiunge il Collegio – che l'operatività regolamentare in tali casi può essere riferita a scali aeroportuali singoli in cui l'ENAC ritiene, per i motivi suindicati, che l'accesso di un numero non delimitabile di prestatori, sia in contrasto con le suddette ragioni, senza potere estendere però la disciplina a tutti gli "aeroporti" indistintamente, altrimenti incidendo illegittimamente in maniera restrittiva proprio sul principio di "liberalizzazione" come introdotto.

L'illegittima estensione del potere regolamentare nella presente fattispecie trova sostegno anche nelle stesse tesi dell'Ente, secondo cui essa è stata indotta al fine di evitare un abbassamento dei prezzi dei servizi e una compressione dei costi non sostenibile, perché – come anticipato – tale prospettiva non è propria dei poteri dell'Ente; così come, analogamente, non sta all'ENAC provvedere ad evitare scorrette applicazioni "in negativo" della contrattazione collettiva nazionale di lavoro, da valutare caso per caso semmai.

Ciò emerge nelle su richiamate "premesse e scopo", ove è esplicitamente detto che l'intervento regolamentare sotto forma di "emendamento" si era reso necessario per una "eccessiva pressione concorrenziale e ad una impropria compressione dei costi e delle tariffe".

E' evidente che l'ENAC ha introdotto una limitazione generalizzata del ricorso al subappalto – con le conseguenze evidenziate nei numerosi esempi di applicazione che ne deriverebbero portati dalla ricorrente – laddove esso potrebbe, sì, restringere

l'accesso ai servizi, ma in specifici aeroporti, per evitare problemi o rischi di sicurezza relativi a un numero eccessivamente elevato di operatori subappaltatori ma motivando in ordine a determinate problematiche emerse in uno scalo e, solo allora, avvalendosi della disposizione di cui all'art. 13 d.lgs. cit. in ordine al "rispetto degli obblighi derivanti dalla legislazione sociale e sulla sicurezza del lavoro", ove riscontrata una patologia in tale senso da parte di un determinato "handler".

Non appare giustificata, invece, una regolamentazione restrittiva del ricorso al subappalto generalizzata e per fini meramente "preventivi", come nel caso di specie.

Quindi, se l'ENAC rilevi violazioni della clausola sociale da parte di specifici "handler" attivi in un aeroporto mediante subappalto, dovrebbe avviare specifici procedimenti nei confronti degli interessati, arrivando anche a una possibile revoca dell'autorizzazione, ma escludendosi la possibilità di adottare invece una regolazione generale e astratta orientata a restringere "tout court" il ricorso al subappalto.

Sotto tale profilo, pertanto, riprende vigore quanto già evidenziato da questo Tribunale in relazione a precedente versione del Regolamento, ove è stato precisato che all'ENAC è riconoscibile il potere di restringere il numero di operatori all'interno di individuati aeroporti, ma nel quadro del rispetto di regole e di procedure volte a contemperare le problematiche di spazio con l'esigenza comunque di garantire un adeguato livello di concorrenza (TAR Lazio, Sez. III, 9.2.12, n. 1295).

Nel caso di specie, invece, l'ENAC, proponendo una normativa generalizzata, non ha approfondito il secondo aspetto legato alla garanzia di un adeguato livello di concorrenza, principio cardine della normativa come recepita con il d.lgs. n. 18/1999, attraverso gli artt. 4 e 12, applicabili a qualunque categoria di "handler" e che richiedono motivate ragioni di limitazione.

In sintesi, la mediazione sociale che l'ENAC stessa, nelle sue difese, pone in sostanza come propulsore all'iniziativa contestata, non può essere considerata legittima in relazione all'estensione dei suoi poteri in argomento.

Pertanto, le tesi proposte dall'Ente in questa sede non possono trovare condivisione, in quanto, oltre a quanto già sopra osservato per la tesi sulla ritenuta tardività dell'impugnativa:

- la ricorrente non contesta la mancata applicazione del "Codice degli appalti" ma l'illegittima estensione dei poteri dell'ENAC che non tiene conto del "favor" generalizzato che la giurisprudenza, anche della Corte UE, ha individuato per il subappalto ai fini di sviluppo della libera concorrenza;

- le procedure di cui all'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 18/1999 non riguardano solo i prestatori "certificati";

- in relazione alla tesi secondo cui il criterio delle "sottocategorie", in luogo di quello precedentemente individuato e legato al fatturato, può comunque comportare la possibilità di dare in subappalto attività in modo più esteso rispetto al precedente sistema, non tiene conto della limitazione in sottocategorie e dell'"arrotondamento" previsto, che consente di estendere, rispetto al precedente, solo in piccolissima parte l'uso del subappalto.

Alla luce di quanto dedotto, pertanto, il ricorso deve essere accolto.

Le spese di lite possono essere eccezionalmente compensate per la novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la previsione di cui all'art. 10, comma 1, lett d), dell'impugnato Regolamento.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Chiara Cavallari, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Ivo Correale**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Daniele**

**IL SEGRETARIO**