

# Diritto e politica dei trasporti

rivista semestrale *open access*  
di dottrina, giurisprudenza  
e documentazione

## Fascicolo I/2023

Promossa da  
**demetra**  
CENTRO STUDI

anno 6, n. 10 (I-2023)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (*Development of European Mediterranean Transportation*), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi “G. Marconi” di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

[info@demetracentrostudi.it](mailto:info@demetracentrostudi.it)

[www.demetracentrostudi.it/](http://www.demetracentrostudi.it/)



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista *on-line* e *open-access* indicizzata da DOAJ – Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS – European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an *on-line* and *open-access* Journal indexed in DOAJ – Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS – European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di ottobre 2023

## **Comitato di direzione/Executive Editors**

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)  
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

## **Comitato scientifico e tecnico/Scientific and Technical Board**

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)  
Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)  
†Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)  
Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma)  
Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)  
Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)  
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)  
Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)  
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)  
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)  
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)  
Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)  
Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)  
Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)  
Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)  
Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)  
Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)  
Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)  
Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)  
Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)  
Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)  
Prof. Aristide Police (L.U.I.S.S. “G. Carli” - Roma)  
Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)  
Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)  
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)  
Prof. Mario Sebastiani (Università “Tor Vergata” - Roma)  
Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)  
Prof. Franco Gaetano Scoca (Università “Sapienza” - Roma)  
Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università di Teramo)  
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

## **Comitato editoriale/Editorial Board**

Dott.ssa Flaminia Aperio Bella	Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè	Avv. Anton Giulio Pietrosanti
Avv. Patrizia Beraldi	Prof.ssa Annarita Iacopino	Prof. Marco Ragusa
Avv. Luigi De Propriis	Prof.ssa Maria Assunta Icolari	Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
Avv. Marco Di Giugno	Avv. Emanuela Lanzi	Dott.ssa Ersilia Sanginario
Avv. Fabrizio Doddi	Dott. Antonio Mitrotti	Avv. Francesco Scalia
Dott. Simone Francario	Avv. Andrea Nardi	Prof.ssa Martina Sinisi
Avv. Raissa Frascella	Dott. Simone Paoli	Dott.ssa Veronica Sordi
		Dott.ssa Sabrina Tranquilli

## Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
  - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
  - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
  - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
  - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

## Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) abstract in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
  - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
  - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
  - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
  - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

*Note a sentenza*

## **Accordi pubblici e cooperazione amministrativa nel conflitto tra la tutela della concorrenza e la massimizzazione dell'interesse pubblico\***

**Marina Spoletini**

*Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche  
nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

---

### **Abstract**

*Public agreements and administrative cooperation in the conflict between competition protection and maximization of the public interest.*

*Public agreements can be used to establish common goals and principles that balance competition concerns with public interest objectives. Administrative cooperation can facilitate the implementation of these agreements and help ensure that competition is not unnecessarily restricted while still promoting public interest objectives.*

*Parole chiave:* partenariato pubblico; procedure competitive; tutela della concorrenza; concessione di beni demaniali; affidamento di servizi HEMS.

---

Sommario — 1. Introduzione. La vicenda processuale — 2. Analisi e declinazione del requisito della “cooperazione” in materia di accordi pubblici — 3. Considerazioni conclusive: la tutela della concorrenza tra co-organizzazione amministrativa e principio del risultato

### **1. Introduzione. La vicenda processuale**

La questione origina dal ricorso esperito dalla Elitaliana S.r.l., concessionaria delle aree dell'aeroporto di Roma Urbe e del servizio di eliosoccorso dal primo luglio 2009 al 30 giugno 2018, volto all'annullamento della concessione rilasciata dall'ENAC alla Regione Lazio e ad Ares 118 dei territori presso gli aeroporti di Latina e Viterbo, nonché la successiva determinazione di affidare alle medesime la gestione delle aree suindicate e del servizio HEMS, senza il previo esperimento di una procedura di gara. Nelle more del giudizio di primo grado la ricorrente, con motivi aggiunti, ha impugnato gli atti di gara indetta dalla Regione Lazio e volta all'affidamento del servizio di eliosoccorso, rilevando l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui non ha

---

\* Sottoposto a referaggio.

previsto e stimato, nell'importo a base d'asta, la quota parte di IVA rispetto a quelle prestazioni diverse dal trasporto dei feriti e degli infermi<sup>1</sup>, assoggettate all'imposta sul valore aggiunto con aliquota del 22%<sup>2</sup>.

Con sentenza n. 13602 del 16 dicembre 2020, il T.A.R. Lazio, sezione III, ha accolto le doglianze avanzate dalla ricorrente rilevando la violazione dell'obbligo dell'evidenza pubblica in ragione della ritenuta insussistenza dei requisiti del partenariato pubblico-pubblico richiesti dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

Con riferimento alla parte del ricorso avanzata con motivi aggiunti, il giudice amministrativo ha motivato l'accoglimento della richiesta rilevando che l'indistinta sottrazione all'imposta sul valore aggiunto del servizio oggetto della gara, rende le offerte presentate dagli operatori partecipanti irregolari sotto il profilo fiscale.

Avverso la pronuncia del T.A.R. Lazio, l'ENAC, la Regione Lazio e Ares 118 hanno proposto appello innanzi alla Terza sezione del Consiglio di Stato eccependo, in primo luogo, che le amministrazioni hanno operato nelle forme di un partenariato pubblico e che, in secondo luogo, i principi dell'evidenza pubblica sono stati debitamente salvaguardati. L'ente concedente, infatti, aveva delegato i concessionari di procedere all'affidamento dei servizi di eliosoccorso e alla conseguente selezione dell'utilizzatore delle aree previo espletamento di una gara competitiva.

In relazione, invece, al motivo di appello circa la dedotta illegittimità degli atti di gara indetta dalla Regione Lazio a valle della concessione, gli appellanti hanno rilevato che il Disciplinare di gara riporta le risoluzioni dell'interpellata Agenzia delle Entrate di Roma secondo le quali, in vista della impossibilità di stabilire *ex ante* se lo stazionamento dei velivoli sia destinata ad eseguire prestazioni esenti da IVA o assoggettate all'imposta, le prestazioni funzionali all'attività principale di trasporto sanitario ed emergenziale sono attratte al regime fiscale a quest'ultima riservato.

Sui motivi di appello si è pronunciata la Terza sezione del Consiglio di Stato con sentenza del 25 agosto 2021 n. 6034.

## **2. Analisi e declinazione del requisito della “cooperazione” in materia di accordi pubblici**

In accoglimento del primo motivo di ricorso, il giudice di primo grado ha evidenziato l'assenza dell'elemento della cooperazione tra enti pubblici dovuto all'estraneità dell'ENAC all'attività oggetto di concessione<sup>3</sup>, circostanza che, secondo il T.A.R. Lazio, è sufficiente a destrutturare lo schema legislativo previsto per l'accordo tra pubbliche amministrazioni. Tale conclusione si traduce nell'obbligo, assertivamente

---

<sup>1</sup> Attività che beneficia dell'esenzione dell'IVA come previsto dall'art. 10, n. 15) del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, in attuazione della direttiva 2006/112/CE, art. 132, lett. p) del Consiglio del 28 novembre 2006 (GU L 347/1).

<sup>2</sup> La distinzione, sotto il profilo del trattamento fiscale, tra le attività dedotte nella *lex specialis* è stata, altresì, oggetto di risoluzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 114/E del 14 luglio 2000 ed è stata posta in rilievo in occasione domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de cassation (Belgio) alla Corte di Giustizia dell'Unione europea del primo luglio 2009, pronunciatisi con sentenza del 3 giugno 2010, C-237/09, *État belge/Nathalie de Fruytier*.

<sup>3</sup> Più nel dettaglio, la sentenza appellata evidenzia che, nella vicenda di interesse, l'ENAC si è limitato a concedere in uso ad Ares 118 le aree demaniali dietro versamento di un canone senza realizzare “una collaborazione operativa reciproca, essendo Ares 118 l'unico soggetto che appare operativo”.

disatteso dall'ENAC, di assoggettare l'erogazione del servizio di che trattasi al regime dell'evidenza pubblica<sup>4</sup>.

A supporto della propria posizione, il giudice di prime cure richiama, in prima istanza, il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo il quale l'istituto di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 è connotato da un "*invalicabile limite esterno di operatività*" volto ad evitare che tale strumento si traduca in un mezzo per sottrarsi alle procedure competitive, a discapito dei principi della libera circolazione dei servizi e della concorrenza previsti dal Trattato<sup>5</sup>.

L'orientamento richiamato si pone in linea con i Considerando n. 45 e n. 47 della direttiva 2014/23/UE<sup>6</sup> i quali evidenziano l'imprescindibile necessità che le cooperazioni pubblico-pubblico non si declinino in mezzi distorsivi della concorrenza tali da porre in una posizione di ingiustificato svantaggio altri operatori economici attivi nel settore di mercato di riferimento.

Le medesime osservazioni sono state oggetto del parere dell'Anac del 7 ottobre 2015, AG 70/2015/AP, reso al Ministero degli Interni, in cui si è rimarcata, altresì, la necessaria assenza dell'elemento della corrispettività tra le prestazioni, aspetto sintomatico della effettiva cooperazione tra enti<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Il T.A.R. richiama, nello specifico, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 5 novembre 2018 n. 6264, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849 nonché l'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. IX, sentenza 30 giugno 2020, C-618/19, *Ge.Fi.L./Regione Campania* che si è pronunciata su rinvio del Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 6 agosto 2019 n. 5581. Nelle pronunce indicate viene ricordata l'indefettibile requisito della "*cooperazione effettiva*" tra le pubbliche amministrazioni partecipanti all'accordo, la cui naturale estrinsecazione si riscontra nel perseguimento di obiettivi comuni al fine di perseguire l'interesse pubblico in un rapporto di assoluta equiparazione.

<sup>5</sup> In particolare, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica federale di Germania* ha evidenziato che "*il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*". L'accordo pubblico, dunque, attua "*una forma di cooperazione fra due enti pubblici che non si pone in contrasto con i principi dei Trattati e delle Direttive dell'Unione Europea ed anzi, attua l'opposto principio di legittima cooperazione nell'adempimento degli interessi istituzionali affidati con l'utilizzo di propri strumenti e senza ricorrere al mercato ove sia possibile una collaborazione con altre autorità pubbliche*" si veda G.M. RACCA, *gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2017, p. 101.

<sup>6</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GUUE L94/1).

<sup>7</sup> Più precisamente, l'Anac evidenzia che l'accordo "*1. deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti; 2. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità; 3. i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo comprensivo di un margine di guadagno; 4. il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri*". L'Autorità ha così riassunto la propria posizione precisando che "*l'elemento qualificante dell'istituto che emerge dalle più recenti pronunce del giudice amministrativo è l'estraneità*

Al riguardo, il Consiglio di Stato, nella sentenza annotata, muove una prima premessa in merito alla differenza che intercorre tra la “concessione dei servizi” e la “concessione di beni demaniali”. La prima è prevista dall’art. 3, comma 1, lett. vv, del codice degli appalti e si configura come un contratto a titolo oneroso per la fornitura e gestione di servizi pubblici diversi dall’esecuzione di lavori, il cui corrispettivo si sostanzia nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto con assunzione del relativo rischio operativo<sup>8</sup>.

Diversamente, la “concessione di beni demaniali” non è soggetta ad una specifica procedura in quanto rimane estranea dalla regolamentazione europea sugli appalti, servizi e forniture. Ciononostante, data la rilevanza economica ricoperta da questa tipologia di concessioni, considerando anche che la medesima rappresenta un’occasione di guadagno per gli operatori economici, l’ente concedente è tenuto comunque all’osservanza dei principi sanciti dall’art. 81 del Trattato UE<sup>9</sup>. In questa prospettiva, avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale<sup>10</sup>, l’attribuzione delle concessioni di beni demaniali deve avvenire mediante procedure trasparenti e non discriminatorie, tali da garantire la parità di trattamento ai partecipanti e il miglior perseguimento dell’interesse pubblico<sup>11</sup>. Con particolare riferimento alla vicenda esaminata, si pone nella medesima prospettiva pro-concorrenziale anche la previsione di cui all’art. 704<sup>12</sup> del codice della navigazione, il quale impone che la concessione di un’area aeroportuale deve essere effettuata a seguito di gara ad evidenza pubblica, così come il successivo art. 705 che assegna al gestore aeroportuale, tra gli altri, “*il compito di amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell’aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato*”<sup>13</sup>.

---

*alla logica dello scambio tra prestazione e controprestazione suggellata dalla previsione di un corrispettivo, propria del contratto, e l’adesione alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti”. L’elemento essenziale è, dunque, l’espletamento di un’attività di interesse comune mediante una “sinergica convergenza, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione” cfr. Anac, Delibera 31 maggio 2017 n. 567.*

<sup>8</sup> Così come osservato dall’Anac con il parere sulla normativa 22 dicembre 2012, n. AG 25/12, “*l’affidamento di un servizio è inquadrabile nello schema della concessione quando ha per oggetto un pubblico servizio, inteso come un’attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi, ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale*”.

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 febbraio 2021 n. 1416; Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2013 n. 5; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 maggio 2022 n. 3250; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 25 gennaio 2005 n. 168; T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza 8 gennaio 2016 n. 188.

<sup>10</sup> In particolare, la Corte costituzionale con sentenza del 24 febbraio 2017 (ribadendo quanto già evidenziato con sentenza n. 213 del 2011) ha affermato che i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni “*assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale*”

<sup>11</sup> Sull’obbligo di attivare una procedura competitiva, pena l’introduzione di una ingiustificata barriera d’ingresso al mercato e conseguente lesione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, si veda T.A.R. Lazio, sez. III-ter, sentenza 13 novembre 2014 n. 11405 e sentenza 15 aprile 2015 n. 5499; T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza 16 dicembre 2020 n. 13602; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 maggio 2011 n. 3250.

<sup>12</sup> Soprattutto nella parte in cui dispone che il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell’ENAC, all’esito di selezione effettuata tramite procedura di gara a evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previa idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall’ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l’aeroporto oggetto di concessione.

<sup>13</sup> Tale previsione è altresì sancita dal regolamento ENAC pubblicato il 18 novembre 2014, *sub* titolo IV, agli articoli 18 e 19 delle disposizioni finali. Tuttavia, il Collegio ha precisato, nella stessa sentenza in

Tutto ciò premesso, il Consiglio di Stato si sofferma sulle peculiarità della fattispecie esaminata, avanzando diverse considerazioni volte a destrutturare la posizione adottata dal giudice di primo grado.

In primo luogo, si osserva che l'ENAC non ricopre ancora il ruolo di assegnataria definitiva dei beni del demanio aeroportuale e, quindi, è impossibilitata a procedere ad affidamenti dei servizi per la valorizzazione commerciale delle medesime aree mediante gara. Questo aspetto è comprovato dalla circostanza che tutti i provvedimenti concessori adottati, compresi quelli in favore di Ares 118, sono stati assentiti dallo Stato maggiore dell'Aeronautica.

In secondo luogo, viene evidenziato che la concessione della porzione del bene demaniale effettuata ad Ares 118 postulava necessariamente l'esperimento a valle di una procedura competitiva, volta alla selezione di un operatore economico per l'affidamento del servizio di eliosoccorso, al fine di salvaguardare i principi e le regole dell'evidenza pubblica<sup>14</sup>.

Infine, contraddicendo quanto assunto dal giudice di primo grado, il Collegio afferma che gli affidamenti conclusi in favore della Regione Lazio – Ares 118 sono qualificabili come accordo tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della legge 241 del 1990 e dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50 del 2016<sup>15</sup>.

La conclusione di accordi tra enti pubblici si pone in una logica di continuità con il progetto legislativo volto alla semplificazione amministrativa, al fine di perseguire gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità della Pubblica Amministrazione.

Il principale fondamento normativo è costituito dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990 che, in ragione della vasta portata applicativa della norma, attribuisce all'ente pubblico un ampio margine di discrezionalità sulla scelta di addivenire ad un accordo di collaborazione con altra amministrazione, salvo fornire adeguata motivazione circa le ragioni che giustificano, in punto di opportunità, il mancato ricorso al mercato.

Più in particolare, non si registra un irragionevole pregiudizio alla concorrenza laddove l'accordo di collaborazione tra due amministrazioni sia volto all'esercizio di un'attività di interesse comune, da condurre in una prospettiva collaborativa caratterizzata da una comunione di scopo.

Il requisito della collaborazione tra gli enti si riscontra laddove vi sia una destinazione di risorse umane e/o strumentali allo svolgimento delle attività mentre la comunione di scopo si concretizza allorché il risultato delle operazioni condotte sia funzionale alle rispettive attività istituzionali.

Oltre alle condizioni appena richiamate, che si collocano nell'orbita della semplificazione amministrativa, è altresì necessario che il ricorso agli accordi di collaborazione garantisca un evidente risparmio di mezzi e risorse pubbliche rispetto a quanto reperibile sul mercato. L'importo riconosciuto per la realizzazione delle attività da parte di una amministrazione, infatti, deve necessariamente essere sganciato dalle

---

commento, che il regolamento non trova applicazione finché l'area rimane formalmente del Demanio militare e non si perfeziona il passaggio al demanio civile e ad ENAC.

<sup>14</sup> Circostanza che, peraltro, si è verificata con l'indizione della gara impugnata dalla Elitaliana S.r.l. con motivi aggiunti al ricorso esperito dinanzi al giudice di primo grado.

<sup>15</sup> Per una approfondita analisi dell'istituto si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 699 ss.

logiche imprenditoriali<sup>16</sup> e non si traduce in un profitto, bensì in un mero ristoro dei costi funzionali, oggetto di opportuna rendicontazione<sup>17</sup>.

L'elemento dell'interesse comune, infatti, verrebbe meno laddove tra le pubbliche amministrazioni partecipanti all'accordo si riscontri che una intende avvalersi delle prestazioni delle altre, dietro pagamento di un corrispettivo<sup>18</sup>.

Da ultimo, l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, dopo aver ribadito le condizioni sancite dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990, prevede, altresì, che un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni non rientra nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici<sup>19</sup> laddove le amministrazioni partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione<sup>20</sup>.

La sentenza impugnata, nello specifico, ha evidenziato il difetto di "obiettivi in comune" e di "cooperazione tra enti pubblici" data l'estraneità dell'ENAC rispetto all'interesse pubblico tutelato dall'affidataria e, più in generale, all'attività oggetto di concessione.

Diversamente, la pronuncia in commento osserva, in linea con quanto rilevato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>21</sup>, che il requisito dell'interesse comune sotteso all'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico non si ravvisa esclusivamente quando quest'ultimo sia comune agli Enti, ma anche laddove le parti dell'accordo intendano realizzare una "*collaborazione istituzionale per lo svolgimento di attività di interesse pubblico comuni*", a meno che tali attività, oltre ad essere reperibili sul mercato, abbiano un contenuto patrimoniale<sup>22</sup>. Nel caso esaminato

---

<sup>16</sup> L'accordo deve avere ad oggetto attività che, oltre ad essere erogata da una struttura pubblica, sia anche priva di una connotazione imprenditoriale come interpretata, nel senso più ampio del termine, dalla giurisprudenza unionale Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 25 gennaio 2012 n. 324 e sez. V, sentenza 13 luglio 2010 n. 4539.

<sup>17</sup> In questo senso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 luglio 2013 n. 3849: "*Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune*".

<sup>18</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 16 settembre 2011 n. 5207.

<sup>19</sup> Per l'approfondimento in merito alla differenza tra accordi tra pubbliche amministrazioni e contratti pubblici, si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; R. FERRARA, *Art. 15. Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

<sup>20</sup> Si tratta di un limite analogo a quello dell'*in house* (forma di partenariato pubblico-pubblico verticale) in cui l'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione si sostanzia in almeno l'80% del totale e il fatturato realizzato sul libero mercato non può aumentare il 20%.

<sup>21</sup> La Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. IV, sentenza 28 maggio 2020, C-796/18, *ISE mbH/Stadt Köln*, dopo aver ribadito che le amministrazioni sono libere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici, precisa che i medesimi servizi forniti possono essere diversi, benché complementari. Pertanto, il requisito della "*cooperazione*" deve essere inteso come "*impegno cooperativistico*" teso alla migliore esecuzione dell'interesse pubblico. Sulla stessa linea si pone la citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione/Germania*, nella quale si legge che "*l'elaborazione di una dimensione intrinsecamente collaborativa, che è assente in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico rientrante nelle norme previste dalla direttiva 2014/24*".

<sup>22</sup> Sul punto precisa il Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 marzo 2017 n. 1418: "*come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune [omissis] il quale coordinamento può anche*

dalla terza sezione del Consiglio di Stato, le aree demaniali sono state concesse da ENAC, che è organo preposto alla tutela della sicurezza negli aeroporti e di controllo nel settore dell'aviazione civile, ad Ares 118, soggetto istituzionalmente deputato a curare la gestione e il coordinamento dell'attività di HEMS<sup>23</sup>. In questo senso, l'ente concedente non può definirsi estraneo all'interesse pubblico collegato allo svolgimento del servizio di eliosoccorso<sup>24</sup> giacché, ricoprendo le vesti di Autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, persegue l'interesse al corretto e ordinato svolgimento anche delle attività HEMS<sup>25</sup>.

Gli interessi istituzionalmente perseguiti da ENAC e Ares 118, in definitiva, pur non definibili come coincidenti, sono tra di loro complementari<sup>26</sup>. Tale connotato non osta alla configurabilità dell'"interesse comune" richiesto dalla normativa sugli accordi tra pubbliche amministrazioni, dato che il preminente interesse alla salute e, dall'altro lato, l'interesse all'ordinato svolgimento del trasporto aereo sono strettamente funzionali al perseguimento della migliore esecuzione del servizio di eliosoccorso<sup>27</sup>.

In relazione al vantato carattere oneroso della concessione, la sentenza in esame rileva che Ares 118 non beneficia di alcun riconoscimento di carattere economico in forza dell'atto annullato su pronuncia del T.A.R. Il canone compensativo reso ad ENAC per l'uso speciale del bene, infatti, non assume i connotati di un "utile" nell'accezione imprenditoriale del termine. L'assenza di ogni presunto vantaggio economico in favore della concessionaria comprova ed enfatizza la dimensione cooperativistica in cui muovono ENAC e Ares 118 e l'assenza di pregiudizio alla concorrenza.

---

*implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate"*

<sup>23</sup> A norma dell'art. 4 della Legge reg. n. 9 del 2004, comma 1, infatti, l'ARES 118 "espleta le attività di gestione e coordinamento della fase di allarme e di risposta extraospedaliera alle emergenze sanitarie, ivi compresa l'emergenza neonatale, di trasporto del sangue, degli organi e di trasporti secondari legati al primo intervento".

<sup>24</sup> In merito all'individuazione della giurisdizione, si ricorda che la materia degli accordi pubblici è esclusivamente riservata al giudice amministrativo anche laddove la convenzione abbia ad oggetto il diritto alla salute, precisando che la giurisdizione amministrativa fornisce il medesimo grado di tutela e protezione dei diritti fondamentali garantito dal giudice ordinario. Cfr. Cassazione civ. sez. un., sentenza 3 giugno 2015 n. 11376; Cassazione civ., sez. un., sentenza 3 giugno 2015 n. 11376; Cassazione civ. sez. un., sentenza 12 marzo 2015 n. 4948; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 18 marzo 2015 n. 1400.

<sup>25</sup> Sul punto G.M. RACCA, *op. cit.*, osserva che "gli interessi pubblici sottesi agli accordi non sono necessariamente caratterizzati da uguale dignità. Risulta evidente [omissis] che gli interessi sottesi all'accordo non possono coincidere con l'integralità degli interessi attribuiti ad una delle parti dell'accordo, superandosi in tale ipotesi la necessità della separazione tra le stesse". Cfr. anche N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 453 ss.

<sup>26</sup> Cfr. G.M. RACCA, *op. cit.*, in cui si ricorda che gli accordi pubblici di questa tipologia vengono definiti "orizzontali" proprio perché conclusi da parti pubbliche in posizione di equiordinazione "benché possano essere conclusi fra amministrazioni con caratteristiche e funzioni differenti, chiamate a perseguire interessi non paraordinati".

<sup>27</sup> Peraltro, la sentenza evidenzia come la sussistenza del requisito della "collaborazione" sia evincibile, altresì, dalla nota del Direttore centrale Economia e Vigilanza Aeroporti ENAC del 24 gennaio 2020 e indirizzata, tra gli altri, proprio alla regione Lazio e ad Ares 118, con cui si dà evidenza della interlocuzione con lo Stato Maggiore dell'Aeronautica volta a "fornire il supporto alla Regione per le finalità di pubblico interesse in parola" e la ponderazione in atto circa l'opportunità di trasferire i sedimi interessati alla Regione".

### **3. Considerazioni conclusive: la tutela della concorrenza tra co-organizzazione amministrativa e principio del risultato**

La sentenza in commento affronta determinate questioni che si innervano nel più generale processo di riqualificazione del rapporto tra i principi della concorrenza e del mercato ed i principi di solidarietà, efficienza e razionalizzazione delle risorse amministrative.

Incasellata tale relazione in termini di alternatività e non di conflittualità, la tutela della concorrenza non determina, *a fortiori*, la preclusione di qualsiasi erogazione dei servizi con strumenti diversi dalla esternalizzazione<sup>28</sup>. Ciò vale, soprattutto, nelle ipotesi in cui debbano essere valutate altre esigenze rispetto al bene “concorrenza”.

Questo passaggio è stato recentemente posto in evidenza dalla Corte costituzionale<sup>29</sup> con riferimento, in particolare, agli affidamenti a enti *no-profit* del terzo settore.

Nella pronuncia citata, la Consulta osserva che possono sussistere solide ragioni, anche costituzionalmente rilevanti, che giustifichino l’affidamento di servizi di interesse generale in regime di co-amministrazione e le medesime argomentazioni possono essere spese in merito alle forme di partenariato pubblico-privato o pubblico-pubblico.

La diffidenza verso questi paradigmi alternativi all’esternalizzazione sorge anche in considerazione della definizione di operatore economico elaborata dall’ordinamento unionale la quale non postula la natura privata del soggetto, non coincide con la nozione di impresa e, parimenti, non postula lo scopo di lucro. Nella prospettiva delineata nel panorama sovranazionale, in definitiva, l’operatore economico è qualsiasi soggetto in grado di erogare la prestazione oggetto della gara, anche se si tratta di un ente pubblico<sup>30</sup>.

Per tale ragione, come ricordato dalla sentenza annotata, gli accordi pubblici che realizzano forme di cooperazione tra amministrazioni giudicatrici sfuggono alle regole della gara solo in quanto permeati da una logica cooperativa volta alla realizzazione di un interesse condiviso.

Le considerazioni avanzate dal Consiglio di Stato nel corso della trattazione di questo istituto rappresentano una interessante occasione per passare in rassegna, seppur brevemente, i principali passaggi che hanno portato a superare la generale diffidenza nei confronti dei modelli di affidamento di servizi alternativi alla concorrenza alla luce, in primo luogo, di una rilettura delle statuizioni previste dalle direttive e interpretate dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, e, in secondo luogo, dell’analisi condotta sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici.

---

<sup>28</sup> La stessa direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GUUE L94/65), dispone, all’art. 1, paragrafo VI, che sono esclusi dall’applicazione della disciplina europea sugli appalti pubblici “*gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale (86) con disposizione che, nell’ordinamento nazionale, va interpretata come integrativa della disposizione in base alla quale “le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”*”.

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sentenza 18 ottobre 2022 n. 213.

<sup>30</sup> Più in particolare, integra un appalto pubblico quel rapporto contrattuale con un operatore economico, connotato da una prestazione avente contenuto oneroso e concluso in forma scritta. Si applica la normativa comunitaria ogni qualvolta alla domanda pubblica corrisponde un’offerta da “*un’organizzazione terza*”, che può ben presentarsi nelle vesti di pubblico potere, in quanto rileva esclusivamente l’intenzione di soddisfare “*una domanda economica di un’amministrazione aggiudicatrice*”. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 2015 n. 2515.

Sotto il primo profilo, una prima erosione si è registrata dopo il parziale superamento della disciplina restrittiva in merito all'*in house providing*, la quale imponeva un regime di motivazione talmente rafforzato in caso di mancata esternalizzazione del servizio, che si esauriva, in linea generale, nella prospettazione di un fallimento di mercato. In direzione opposta sembra invece muovere il legislatore attuale nell'ambito dell'attuazione del Piano Nazionale di Resistenza e Resilienza, laddove incentiva la pubblica amministrazione a ricorrere all'*in house* per compiti tecnico operativi relativi all'attuazione degli investimenti, incentrando gli obblighi motivazionali sulla maggiore economicità rispetto all'acquisizione di quel servizio mediante una gara di evidenza pubblica<sup>31</sup>.

Questo processo di erosione che, seppur lievemente, scardina l'incondizionata tutela della concorrenza si inserisce altresì nelle maglie dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici il quale, enfatizzando già nell'articolo di apertura il principio del risultato<sup>32</sup>, sembra reinterpretare la concorrenza non come un "fine", bensì come uno strumento per assicurare un più alto livello di qualità nella realizzazione della prestazione e nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Parallelamente, si assiste alla – ormai definitiva – apertura alla concorrenza della concessione dei beni demaniali, laddove questi ultimi rappresentino risorse limitate e la relativa gestione integri un'occasione di guadagno.

Le argomentazioni spese nella sentenza in commento, pertanto, hanno tracciato un interessante percorso di sintesi perimetrato, da un lato, dalla necessità di salvaguardare la concorrenza e la parità di trattamento in materia di concessioni demaniali e, dall'altro, dall'importanza di far confluire in una direzione comune le risorse disponibili in capo a ciascuna amministrazione, al fine di garantire un più elevato *standard* qualitativo nella prestazione dei servizi di pubblico interesse.

---

<sup>31</sup> Del resto, lo stesso ordinamento unionale non postula una preferenza incondizionata verso il ricorso al mercato rispetto all'internalizzazione, ritenendo che l'amministrazione debba esternalizzare solo laddove non sia in grado di organizzarsi con le proprie risorse (si veda l'ordinanza della Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19, *Rieco S.p.A. /Comune di Lanciano* sulle questioni pregiudiziali proposte dal Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanze di remissione n.138 del 7 gennaio 2019 n. 293 del 14 gennaio 2019 e n. 296 del 15 gennaio 2019. Cfr. G. M. RACCA, *op. cit.*: "il diritto europeo [riconosce] la libertà di decidere il modo migliore per gestire le proprie attività. L'adempimento di compiti di pubblico interesse esclude il necessario ricorso ad entità esterne all'organizzazione pubblica, perciò, consentendo la scelta di attuare cooperazioni con altri soggetti pubblici, anche a prescindere dalla costituzione di un apposito organismo controllato".

<sup>32</sup> Articolo 1 proposto da Consiglio di Stato nello schema definitivo di "Codice di contratti pubblici" in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78, rubricato "Principio del risultato": "1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità.

3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva".

Promossa da:

**demetra**  
CENTRO STUDI