

# TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E APPALTI DEL CONCESSIONARIO AEROPORTUALE.

*Tra tassatività del precetto penale e disciplina pubblicistica di un settore speciale.*

**Claudio Costanzi**

---

**ABSTRACT (IT):** *Il reato di turbata libertà degli incanti espone da sempre il penalista davanti alla necessità di individuare preliminarmente la qualificazione giuridica di procedure di selezione del contraente poste in essere da soggetti diversi dalla Pubblica Amministrazione, sulla scorta di norme primarie e secondarie non sempre di facile ricostruzione. Il settore speciale della gestione e manutenzione di aeroporti di cui all'art. 119 D. Lgs. 50/2016 è, in questi termini, foriero di dubbi interpretativi connessi all'assenza di una compiuta individuazione normativa dei servizi da aggiudicare tramite incanti e servizi aggiudicabili, di converso, anche senza procedure ad evidenza pubblica. La distinzione appare cruciale al fine di determinare la sussistenza dei presupposti oggettivi del reato di cui all'art. 353 c.p., le cui maglie dovrebbero rimanere serrate alla luce del principio di tassatività e frammentarietà.*

**ABSTRACT (EN):** *The crime of disturbed freedom of tenders has always exposed the criminal lawyer to the need to identify initially the legal qualification of contractor selection procedures, put in place by private legal entity other than the Public Administration, on the basis of primary and secondary rules that are not always easy to reconstruct. The special sector of airport management and maintenance (art. 119, Italian Legislative Decree 50/2016) is, in these terms, harbinger of interpretative doubts related to the absence of a complete regulatory identification of the services that ought be awarded through tenders and services that can be awarded, conversely, even without public evidence procedures. The distinction appears crucial in order to determine the existence of the objective presuppositions of the crime referred to in art. 353 of the Italian Criminal Code, whose links should remain tight in the light of the principle of fragmentation in criminal Law.*

**SOMMARIO:** **1.** – Premessa. Il reato di turbata libertà di scelta del contraente; **2.** – I settori speciali e il principio di strumentalità nel Codice dei contratti pubblici; **3.** – Le concessioni aeroportuali e principio di strumentalità; **4.** – Un caso recente di rilevanza a fini penalistici della qualificazione del subaffidamento del servizio. Il servizio di sgombero neve; **5** – Conclusioni. Le interferenze tra diritto amministrativo e diritto penale.

## 1. Premessa. Il reato di turbata libertà di scelta del contraente.

L'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di delitti contro il regolare svolgimento di evidenze pubbliche fa emergere uno sforzo interpretativo non indifferente nell'individuazione, in particolare, degli esatti confini dell'elemento oggettivo del reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p.<sup>1</sup>, da sempre crocevia di norme di diritto penale e di diritto amministrativo, dal cui confronto non di rado emergono difficoltà di coordinamento. Le norme di diritto penale e di diritto amministrativo perseguono, infatti, fini non coincidenti e rispondono a esigenze e principi diversi. Ciononostante, non di rado si assiste ad un'ampia tutela penalistica dei beni di buon andamento ed efficienza della pubblica amministrazione, principi immanenti dell'intera normativa in tema di contratti pubblici. Talché, al penalista possono prospettarsi questioni squisitamente amministrativistiche in tema di qualificazione di soggetti, condotte e procedure ai fini dell'applicazione di norme penali. Nella specie, il reato di cui all'art. 353 c.p. è posto a presidio del libero e corretto svolgimento delle gare pubbliche per la selezione del contraente, attraverso le quali si concretizza la concorrenza che, oltre ad essere principio cardine dell'ordinamento europeo, rappresenta l'essenza del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., applicato al settore dei lavori pubblici.

Trattandosi di reato comune e di mera condotta a forma vincolata, il reato di turbata libertà degli incanti si perfeziona con l'impedimento o il turbamento di una competizione pubblica tra operatori economici ovvero con l'allontanamento degli offerenti mediante violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti. Una delle questioni che occupa maggiormente la giurisprudenza di legittimità è, invero, la definizione di competizione in relazione alla quale la condotta illecita sopradescritta va accertata. La natura stessa di "pubblici incanti" o "licitazioni private", banditi per conto di pubbliche amministrazioni, presuppone l'esatto inquadramento giuridico della procedura competitiva, anche in ottica di tutela della prevedibilità della sanzione penale, quale corollario del principio di legalità.

A ben guardare, sono moltissime le pronunce che hanno esteso il concetto di pubblico incanto rilevante ai fini della configurabilità di cui all'art. 353 c.p. Si ricordi, ad esempio, la sentenza. Cass. Pen., n. 29581/2011, per la quale «il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione nella quale la p.a. proceda all'individuazione del contraente mediante una gara,

<sup>1</sup> Su tutte, oltre a Cass. Pen. n. 11366/2020 di cui al paragrafo n. 4, si v. Cass. Pen. n. 49266/2917 in tema di procedure di selezione del contraente per la realizzazione di un'opera pubblica realizzata dal privato a norma dell'art. 31, comma 1, lett. g), D. Lgs. 163/2006; Cass. Pen., n. 31957/2019 e Cass. Pen. n. 39379/2019 in tema di contratti sottosoglia ai sensi dell'art. 36 del D. Lgs. 50/2016, aggiudicabili previa discrezionale valutazione della offerta migliore per convenienza, efficienza e opportunità nel rispetto del principio di rotazione; più in generale, sui presupposti del reato *de quo* anche in caso di procedure informali e atipiche, si v. Cass. Pen. n. 8044/2016 e Cass. Pen. n. 29581/2011.

quale che sia il *nomen iuris* conferito alla procedura e anche in assenza di formalità», e, cioè, ogni qual volta vi sia l'obbligo di procedere alla selezione di un contraente secondo criteri legali. Con particolare riguardo al principio di legalità e al divieto di analogia in *malam partem*, con la medesima pronuncia la Cassazione ha concluso, valorizzando la *ratio* della previsione normativa, per la configurabilità del reato anche in caso di «gare informali o di consultazione [...] in quanto il fondamento della fattispecie incriminatrice è garantire il regolare svolgimento di tutte le suddette procedure» legali di selezione<sup>2</sup>. Nell'articolato novero di procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici, la tassativa qualificazione pubblicistica della procedura di gara rappresenta, infatti, un requisito irrinunciabile della fattispecie penale<sup>3</sup>. Risulta evidente che, per la natura stessa del bene giuridico tutelato dal delitto di cui all'art. 353 c.p., rientrante nel Titolo II del Libro II, rubricato "*Delitti contro la P.A.*", tale reato non è configurabile in caso di procedure che, per l'aggiudicazione dell'appalto, prevedano la trattativa squisitamente privata e libera, né nelle gare pubbliche indette da imprese private, senza esservi obbligate dalla normativa sui lavori pubblici in ragione dell'oggetto delle stesse.

Ebbene, proprio con riferimento alle gare di appalto bandite da soggetti privati variamente qualificati possono sorgere questioni applicative del delitto *de quo*, ogniquale volta vi siano condotte impeditive o turbative di cui sia incerta l'annoverabilità tra le procedure soggette alla normativa pubblicistica. Tale questione risulta assai rilevante nel caso di procedure ad evidenza pubblica bandite da società private, titolari di concessione per la gestione di uno dei settori speciali di cui al Titolo VI del D. Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). In tale ipotesi, è richiesto al penalista l'inquadramento della procedura entro un chiaro quadro normativo, con profonde interferenze tra diritto penale e amministrativo che offrono spunti di riflessione di estremo interesse. Con la recente sentenza n. 11366/2020, riguardante l'affidamento di un servizio di sgombero neve da parte di un gestore aeroportuale in concessione, la Corte di cassazione offre un valido esempio di come tale interferenza non sia sempre agevole e di quanto importante sia l'esatta annoverabilità di una procedura di selezione del contraente nell'alveo del diritto dei contratti pubblici, anche ai fini di assicurare la conoscibilità del precetto normativo e la prevedibilità della sanzione penale. Sembra dunque

<sup>2</sup> Conformemente, la sentenza Cass. Pen., n. 11005/2009 ha statuito che «ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 353 c.p., occorre pur sempre che vi sia una gara: pubblici incanti, licitazioni o anche quelle procedute cosiddette informali o di consultazione nelle quali la p.a. fa dipendente l'aggiudicazione di opere, forniture o servizi dall'esito dei contratti avuti con persone fisiche o rappresentanti di quelle giuridiche le quali, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che sere alla p.a.». Cfr. anche Cass. Pen., n. 8044/2016.

<sup>3</sup> Ancor più chiaro, sul punto, quanto affermato dalla Cassazione Penale con sent. n. 11665/1998, per la quale «il reato di turbata libertà degli incanti non può configurarsi al di fuori delle ipotesi tassativamente previste del pubblico incanto e della licitazione privata, procedendo quest'ultimo che ricorre in ogni caso in cui, indipendentemente dalla formale denominazione data dall'amministrazione che procede alla procedura finalizzata alla aggiudicazione, venga indetta una gara tra più concorrenti preselezionati dalla p.a., con la predeterminazione di criteri per l'individuazione del vincitore».

utile premettere brevi cenni all'inquadramento normativo degli affidamenti nei settori speciali e, in particolare, in quello aeroportuale.

## **2. I settori speciali e il principio di strumentalità nel Codice dei contratti pubblici.**

Come noto, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016, con disciplina invero analoga a quella contenuta nel precedente D. Lgs. 163/2006), il settore aeroportuale è qualificato come settore speciale, cui risulta applicabile il Capo I, rubricato "*Appalti nei settori speciali*", del Titolo IV, rubricato "*Regimi particolari di appalto*", del D. Lgs. 50/2016, giusta la previsione dell'art. 119 del medesimo<sup>4</sup>. Tale norma prevede l'estensione della disciplina degli appalti nei settori speciali alle «*attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali*». A tali oneri di evidenza pubblica, peraltro, l'art. 114 del D. Lgs. 50/2016 assoggetta tutti i soggetti giuridici che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle previste dai successivi articoli da 115 a 121 del Codice medesimo ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, tra cui i gestori aeroportuali.

Analoga previsione era contenuta nel precedente D. Lgs. 163/2006 e, in particolare, all'art. 213, con impiego di locuzioni quali "sfruttamento di area geografica" che si rinveniva già a quella epoca con riferimento alle attività di prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi di cui all'art. 212 del medesimo Codice, nonché "messa a disposizione", permeata da norme in tema di appalti aggiudicati da soggetti operanti nei settori speciali quali quelli di cui all'art. 212, nonché nei settori del gas, energia termica ed elettrica (art. 208), settore idrico (art. 209) e settore dei servizi di trasporto (art. 210). La locuzione "messa a disposizione" è stata usata per tali settori con riferimento ai servizi da offrire al pubblico, mentre per il settore aeroportuale, marittimo o altri terminali di trasporto, che qui si intende prendere in esame più approfonditamente, la "messa a disposizione" è espressamente finalizzata ai vettori aerei, marittimi o fluviali.

La differente destinazione del servizio ha, a lungo, reso incerta l'esatta estensione dell'assoggettabilità alla disciplina pubblicistica dell'affidamento del variegato plesso di strumenti e servizi necessari per la piena ed efficiente fruibilità delle infrastrutture da parte dei vettori. Un'interpretazione estensiva aveva, infatti, già in pendenza del vecchio codice, esteso la nozione di "messa

---

<sup>4</sup> Sul tema in generale si rinvia a A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, 2018.

a disposizione” non solo al «terreno appositamente predisposto per l’atterraggio, il decollo e le manovre degli aeromobili», ma anche tutti gli «impianti annessi», necessari per «le esigenze del traffico e il servizio degli aeromobili», nonché gli «impianti necessari per fornire assistenza ai servizi aerei commerciali»<sup>5</sup>. Tale interpretazione estensiva di messa a disposizione di un’infrastruttura aeroportuale, non limitata al solo sedime stradale della pista di atterraggio, decollo e manovra, ha trovato successiva conferma parte dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con recepimento nel parere AG/36/2010 del 27 gennaio 2011. In tale contesto, l’onere della gara ad evidenza pubblica e del rispetto delle norme richiamate dall’art. 114 del D. Lgs. 50/2016, si estenderebbe ad un novero ampio di appalti di lavori e servizi, al fine di assicurare, nell’ambito della concessione aeroportuali, un ampio coinvolgimento di operatori economici nell’individuazione dell’affidatario di appalti.

La *vis expansiva* del concetto di “messa a disposizione” si è comunque conciliata con il principio di tassatività della assoggettabilità alle procedure di scelta del contraente delle sole attività riconducibili ai settori speciali così come descritti, affermato in vigore del precedente Codice dall’Adunanza Plenaria con la nota sent. n. 16/2011<sup>6</sup>. All’uopo, l’Adunanza Plenaria ha individuato il principio della strumentalità del servizio rispetto all’attività del concessionario nei settori speciali, con il quale occorre colmare le incertezze interpretative in ordine allo spettro applicativo della normativa pubblicistica in tema di affidamento di servizi da parte di quest’ultimo. Non v’è dubbio che, in ossequio al principio immanente della proporzionalità, alla nozione di strumentalità occorre attribuire un significato rigoroso e restrittivo<sup>7</sup>,

<sup>5</sup> Così D. IELO – R. ROTELLI, *Commento all’art. 213*, in G. RUGGIERI *et al.* (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2007.

<sup>6</sup> In *Guida al Diritto*, 2012, 16 ss. con nota di M. PROVENZANO, *Imprese pubbliche: giurisdizione del G.O. se l’appalto è per attività non strumentali*, e in *Urbanistica e Appalti*, 2011, n. 10, con nota di A. NICODEMO, *Imprese pubbliche: se l’appalto è estraneo ai settori speciali la giurisdizione è del G.O.* Per un commento dello stesso Autore, si v. A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: L’autonomia contrattuale e le regole dell’evidenza pubblica*, cit., 280 ss. Sul tema della strumentalità, un’ampia disamina della casistica giurisprudenziale sulla natura strumentale o meno di alcuni lavori, servizi o forniture nei settori speciali, si v. R. DEL GIUDICE – P. DELLA PORTA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, Maggioli, 2013, 447 ss.

<sup>7</sup> Sul punto si v. anche la sentenza C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, *Aigner*, la quale, in tema di applicazione della Direttiva 2004/17/CE su appalti nei settori c.d. speciali, ha escluso un’interpretazione estensiva dei presupposti applicativi oggettivi e soggettivi. In particolare, ai paragrafi 26, 27 e 30 si legge che «dagli artt. 2-7 della direttiva 2004/17 risulta che il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell’attività economica, ma riguarda settori specificamente definiti, come del resto rileva il fatto che tale direttiva è comunemente denominata «direttiva settoriale». Per contro, l’ambito di applicazione della direttiva 2004/18 abbraccia quasi tutti i settori della vita economica e giustifica così il fatto che essa venga comunemente denominata “direttiva generale”. Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest’ultima siano interpretate restrittivamente (...) 30. Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all’applicazione, nell’ambito della direttiva 2004/17, dell’approccio denominato «teoria del contagio», sviluppatasi a seguito della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a.». In linea con tale orientamento, l’art. 217, d.lgs. n. 163/2006, riproduttivo dell’art. 20, direttiva 2004/17/CE precisava che la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall’esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l’esercizio di tali

valorizzando la *ratio* della disciplina pubblicitica dei subaffidamenti nei settori speciali, volta a conservare in essi, non essendo completamente liberalizzati, alcuni crismi del regime dell'evidenza pubblica, improntato al rispetto dei canoni di efficienza, economicità ed efficacia. Nell'interpretazione data nel 2011 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e ancora oggi affermata dalla giurisprudenza amministrativa, la strumentalità va individuata in funzione della finalizzazione del servizio rispetto all'attività oggetto di concessione, in un rapporto di "mezzo a fine" o di vera e propria "inclusione" nel "*core business*" del gestore<sup>8</sup>. Attraverso la nozione di "strumentalità", invero non scolpita in una norma giuridica e non scevra di mutevoli interpretazioni, viene oggi comunemente individuato il criterio discrezionale tra servizi suscettibili di affidamento libero a terzi da parte dei concessionari e servizi, di converso, affidabili solo tramite procedure ad evidenza pubblica, nei limiti e con le modalità di cui all'art. 114 D. Lgs. 50/2016.

### 3. Le concessioni aeroportuali e principio di strumentalità.

Alla luce di quanto emerso in relazione al vincolo di strumentalità, è possibile pervenire ad un inquadramento della disciplina delle procedure di selezione dei contraenti per affidamento di servizi da parte delle società private operanti nello specifico settore della gestione di infrastrutture aeroportuali. Nell'ordinamento italiano, gli aeroporti civili italiani e tutte le costruzioni e gli impianti a supporto della navigazione aerea di cui all'art. 692, comma 1, lett. a) e b) Cod. Nav.<sup>9</sup>, rientrano nel demanio pubblico c.d. aeronautico, assegnati in uso gratuito all'Ente Nazionale Aviazione Civile (ENAC). L'originaria assegnazione degli aeroporti all'ENAC era finalizzata a consentirne l'affidamento in concessione a gestori aeroportuali anche privati per la durata massima di quaranta anni, a norma del successivo art. 693 del medesimo Codice. La selezione del gestore avviene, a norma dell'art. 704 Cod. Nav., su proposta dell'ENAC previa selezione con procedura di gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa comunitaria, sentita la regione o provincia autonoma competente per territorio<sup>10</sup>.

---

attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità.

<sup>8</sup> Ad. Plen., Sent. n. 16/2011, paragrafo 24. Nel caso di specie, l'Adunanza Plenaria ha escluso la strumentalità del servizio di vigilanza assegnato dall'ENI S.p.A. per la propria sede, per mancanza di finalizzazione del servizio all'attività speciale del gruppo, consistente nella estrazione e commercializzazione del petrolio o del gas. Ed infatti, l'Adunanza ha sottolineato che «la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio; diversamente, l'appalto sarebbe stato da ricondurre nella disciplina dei settori speciali (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 luglio 2004 n. 9 sul servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie a Grandi Stazioni s.p.a.)».

<sup>9</sup> R. D. 30 marzo 1942, n. 327.

Una volta selezionato tra gli altri operatori economici in funzione di requisiti di qualificazione e piani di investimento, al gestore aeroportuale viene richiesto di sottoscrivere una convenzione con l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, seguita da un contratto di programma, per la regolazione della qualità del servizio e degli investimenti. In funzione delle obbligazioni assunte per l'esercizio del servizio, la convenzione deve prevedere sanzioni e altre cause di decadenza o revoca della concessione in caso di inadempimento, nonché tutte le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo da parte dell'ENAC.

L'assunzione di obbligazioni tanto significative verso la conservazione di un servizio pubblico essenziale quale il trasporto aereo attraverso una convenzione con l'ENAC, è in ogni caso subordinato al rispetto degli obblighi che la l'art. 705 Cod. Nav. pone a carico del gestore aeroportuale, definito quale *«soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di 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. L'idoneità del gestore aeroportuale a espletare le attività di cui al presente comma, nel rispetto degli standard tecnici di sicurezza, è attestata dalla certificazione rilasciata dall'ENAC»*. Ben si comprende, quindi, l'importanza dei piani di investimento nelle procedure di selezione del gestore, in quanto l'amministrazione e gestione di infrastrutture aeroportuali generano costi ingenti, non sacrificabili per la massimizzazione dei profitti a discapito della sicurezza dell'aviazione civile e dell'utenza. Orbene, tra le obbligazioni essenziali che tale amministrazione e gestione non può non prevedere si possono menzionare, oltre alla corresponsione del canone di concessione, la gestione della sicurezza degli scali, l'adozione di una carta di servizi assicurati a tutti gli utenti e, ovviamente, l'*«efficiente ed ottimale utilizzazione delle*

10 Il testo dell'art. 704 Cod. Nav. recita: *«[...] 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 ad 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. Alle procedure di gara sono ammesse a partecipare anche imprese straniere non comunitarie, a condizione che istituiscano in Italia una sede secondaria e lo Stato in cui esse hanno la sede principale ammetta imprese italiane a condizioni di reciprocità. L'affidamento in concessione è subordinato alla sottoscrizione di una convenzione fra il gestore aeroportuale e l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. L'ENAC e il gestore aeroportuale stipulano altresì, entro sei mesi dalla conclusione del primo esercizio finanziario successivo all'affidamento in concessione, un contratto di programma che recepisce la vigente disciplina di regolazione aeroportuale emanata dal CIPE in materia di investimenti, corrispettivi e qualità, e quella recata dall'articolo 11-nonies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248. La convenzione deve contenere il termine, almeno quadriennale, per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e delle altre condizioni che hanno determinato il rilascio del titolo, compresa la rispondenza dell'effettivo sviluppo e della qualità del servizio reso agli operatori e agli utenti alle previsioni contenute nei piani di investimento di cui all'atto di concessione. Deve inoltre contenere le modalità di definizione ed approvazione dei programmi quadriennali di intervento, le sanzioni e le altre cause di decadenza o revoca della concessione, nonché le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo del settore»*.

*risorse per la fornitura di attività e di servizi di livello qualitativo adeguato» a garantire il servizio aeroportuale. Tale quadro ben rappresenta la complessa articolazione nel concreto del *core business* del gestore aeroportuale, afferente beni e servizi di c.d. “*aviation*”, sul quale, in virtù della ricomprensione dello stesso nell’ambito dei settori speciali, gravano oneri di provvedere la selezione per evidenza pubblica, attraverso le diverse procedure richiamate all’art. 114 D. Lgs. 50/2016, dei contraenti dei servizi *strumentali* a tali attività. In particolare, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 7031 del 12 dicembre 2018 ha affermato che la «strumentalità va appurata [...] rispetto all’attività concernente lo sfruttamento del sedime aeroportuale per il funzionamento della relativa struttura» e, per l’effetto, «devono ritenersi incluse nel perimetro di cui al trascritto art. 119 tutte le attività necessarie a soddisfare le esigenze del traffico aereo, dal momento dell’atterraggio a quello del decollo, nonché quelle immediatamente e direttamente correlate allo svolgimento del servizio di trasporto, che riguardano merci e passeggeri». Pertanto, con la citata sentenza il Consiglio di Stato ha escluso che l’affidamento di uno spazio all’interno dell’aerostazione da attribuire ad una società di cambio di valute possa configurarsi come diretto e strumentale alle specifiche attività svolte dall’ente gestore, nell’ambito del settore speciale di propria pertinenza (attività di *aviation*), dichiarando il conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Sotto tale profilo, una copiosa giurisprudenza si è occupata di riconoscere o escludere la strumentalità al servizio aeroportuale di attività collaterali, con conseguente sussistenza per il concessionario dell’obbligo di applicare le procedure del Codice dei contratti pubblici applicabili ai settori speciali. A titolo di esempio, è utile ricordare che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la strumentalità alla “messa a disposizione” dell’infrastruttura aeroportuale l’acquisto di macchinari per il controllo bagagli<sup>11</sup>, la realizzazione di un parcheggio pertinenziale<sup>12</sup>, la progettazione e realizzazione di una piattaforma logistica a supporto di un impianto aeroportuale<sup>13</sup>, la gestione del servizio di primo soccorso per le emergenze<sup>14</sup>. Anche le Sezioni Unite, pronunciandosi sulla natura di organismo di soggetto di diritto pubblico di una società concessionaria di servizi di assistenza a terra in uno scalo aeroportuale, hanno riconosciuto, per quel che qui rileva, l’assoggettabilità alla normativa pubblicistica sull’espletamento delle procedure di selezione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento antistanti l’aerostazione qualora insistenti sul sedime del demanio aeroportuale<sup>15</sup>.*

11 TAR Piemonte, sent. 29 settembre 2006, n. 3310.

12 Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 4 gennaio 2005, n. 2.

13 TAR Puglia, Bari, sent. 3 Luglio 2008, n. 1604.

14 TAR Sicilia, Catania, sent. 26 febbraio 2020, n. 479.

15 Cass. Civ., Sezioni Unite, ord. n. 23322/2009. Ivi, in particolare, si legge che «Non sembra quindi revocabile in dubbio che la gestione della sosta dei veicoli nell’area antistante l’aerostazione (il landside) e le attività di esazione di prezzo secondo tariffe approvate siano, oltre che oggettivamente incidenti su beni del demanio aeronautico (come



Di tenore negativo è stato il giudizio di sussistenza del vincolo di strumentalità, con conseguente esclusione dell'applicabilità della disciplina codicistica, in relazione alla gestione non in esclusiva della ristorazione all'interno dello scalo aeroportuale, con assegnazione libera degli spazi per mancanza del rapporto propedeuticità o essenzialità del servizio rispetto alla gestione aeroportuale<sup>16</sup>. Del pari, la strumentalità è esclusa nel caso di gestione di aree di sosta esterne al sedime demaniale, in quanto attività prettamente commerciali a servizio non essenziale all'attività speciale<sup>17</sup>.

Più in generale, il principio che è possibile trarre dal formante giurisprudenziale è stato, invero, riassunto i recente dal Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, il quale, con la sentenza n. 24 del 10 gennaio 2020, ha suddiviso i servizi in attività c.d. "*aviation*", indispensabili e, quindi, strumentali alla gestione aeroportuale, e in attività c.d. "*non aviation*", connesse ad essa, ma non indispensabili, tra cui tutti i servizi commerciali offerti all'interno dello scalo<sup>18</sup>.

Ciò posto, la qualificazione come servizio strumentale o meno, oltre a determinare l'assoggettamento alle procedure di selezione del contraente regolate dalla normativa pubblicitaria, attribuisce rilevanza penale a tutte le

---

statuito dalla richiamata sent. n. 15217 del 2006), funzionalmente diretti a soddisfare interessi generali, senza che la presenza di servizi aggiuntivi (il car valeting) rispetto a quelli di mera custodia degli autoveicoli propria delle attività di deposito delle vetture a pagamento riesca a differenziare il rapporto sottraendolo al dato saliente. La vocazione delle aree di parcheggio, su sedime appartenente al demanio aeronautico e pur esterno all'area strettamente aeroportuale ad accesso limitato (*airside*), infatti, non è quella di soddisfare un interesse generale ma indifferenziato alla sosta ed alla custodia dei veicoli della cittadinanza ma è quella di consentire che si realizzi una delle condizioni fondamentali per il funzionamento di una moderna aerostazione, quella dell'accesso e della mobilità dei passeggeri, attraverso l'uso della autovettura privata e come alternativa reale al trasporto pubblico (su rotaia o su gomma, collettivo o individuale)».

<sup>16</sup> TAR Lombardia, Milano, sent. 15 febbraio 2007, n. 266. Analogamente, Tar Lazio, Roma, n. 9782/2014.

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, sent. 29 gennaio 2018, n. 590.

<sup>18</sup> Nel dettaglio, nella pronuncia citata si legge che «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). 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 del 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 del 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. Per contro, rientrano nelle attività *non aviation*: c) il *travel retail* (cioè a dire 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)». La sentenza, peraltro, non si esime dal rilevare che anche i servizi "*non aviation*", complessivamente intesi, assumono estrema rilevanza per rendere fruibile lo scalo e, per l'effetto, anche l'assegnazione di simili servizi, pur essendo esclusi dall'applicazione della normativa pubblicitaria in tema di appalti pubblici, in quanto non strumentali all'attività del settore speciale, non escludono il pubblico interesse all'accesso agli atti connessi al loro affidamento e non sfuggono, pertanto, all'ambito applicativo della normativa sugli accessi.

condotte finalizzate a turbare il regolare espletamento della procedura altrimenti di regola irrilevanti<sup>19</sup>.

#### **4. Un caso recente di rilevanza a fini penalistici della qualificazione del subaffidamento del servizio. Il servizio di sgombero neve.**

L'articolazione del dibattito giurisprudenziale in tema di strumentalità del servizio appaltato e applicabilità della tutela penalistica di cui all'art. 353 c.p. è ben rappresentato dalla recente sentenza n. 11366/2020, nella quale la Corte di Cassazione si è trovata a dover affrontare il tema della qualificazione normativa del servizio di sgombero neve dal sedime aeroportuale alla luce del diritto dei contratti pubblici. Nell'ambito di una procedura indetta da una società privata, concessionaria di un primario scalo aeroportuale nazionale, per la selezione dell'affidatario del servizio di sgombero neve dalla pista di atterraggio, aree di rullaggio, manovra e sosta, venivano contestate condotte turbative consistenti nell'indurre imprenditori a desistere dal presentare offerta, nonché nell'accordarsi con altri imprenditori e un dipendente della società addetto all'espletamento delle procedure di gara al fine di predeterminare il vincitore della gara.

Una delle argomentazioni difensive poste alla base del ricorso della difesa di uno degli imputati, già condannato in appello, consiste nell'esclusione della qualificabilità del servizio di sgombero neve come strumentale al servizio pubblico fornito dal gestore aeroportuale, in quanto "*non aviation*", con conseguente irrilevanza penale della turbativa della procedura deputata a individuarne l'affidatario. Orbene, definita la natura di organismo di diritto pubblico dell'ente gestore e richiamata la propria precedente giurisprudenza sul principio di necessaria strumentalità all'attività speciale ai fini dell'estensione della tutela penale al bene giuridico della concorrenza anche per gare indette da società private, il Giudice della nomofilachia conferma la sentenza di condanna appellata. A tale esito perviene confermando che la corretta gestione di un'infrastruttura aeroportuale ne presupponga la manutenzione, la quale deve interessare inevitabilmente anche il sedime delle piste, onde soddisfare le esigenze di sicurezza ed efficienza del traffico aereo. Nell'ambito di tale attività manutentiva, certamente "strumentale" all'attività

---

<sup>19</sup> La tutela penalistica appare, invero, espletata a ben più ampio raggio, sebbene nel presente elaborato si intenda circoscrivere l'attenzione alla tutela delle procedure di selezione del contraente nelle ipotesi di turbamento di cui all'art. 353 c.p. Si pensi, ad esempio, alla rilevanza della natura del servizio aeroportuale ai fini della qualificazione del soggetto agente per la configurabilità dei reati c.d. "propri" contro la P.A. come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Per un efficace esempio di quanto la qualificazione del servizio sub affidato rilevi anche ai fini penalistici, si v. la recente sentenza Cass. Pen., n. 42952/2019, in cui, annoverate la manutenzione e la gestione di uno scalo aeroportuale – tra le quali l'assistenza a terra (c.d. *handling*) – nella nozione di pubblico servizio, ha qualificato come incaricato di pubblico servizio il direttore generale della società deputata a prestare tali servizi ai fini dell'integrazione del reato di peculato.

speciale di cui all'art. 119 D. Lgs. 50/2016 nei termini di cui alla giurisprudenza amministrativa, rileva il Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti. Tale Regolamento, emanato dall'ENAC ai sensi del D. Lgs. n. 250/1997<sup>20</sup> e dell'art. 690 Cod. Nav., determina le caratteristiche fisiche che le superfici delle piste devono conservare, con obbligo del gestore di ripristinare le stesse in condizioni di neve o ghiaccio. Talché, «l'attività di sgombero delle piste costituisce una delle principali attività del gestore imposte dalla normativa di settore per l'esercizio degli aeroporti»<sup>21</sup>, con la conseguente piena subordinazione di ogni procedura di affidamento a quanto prescritto all'art. 114 D. Lgs 50/2016. Ne deriva che la condotta turbativa perpetrata in danno di concorrenti effettivi o potenziali della procedura e il tentativo di condizionarne l'esito rileva a norma dell'art. 353 c.p., dovendosi assicurare idoneo presidio anche penalistico al regolare svolgimento di qualsiasi evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento di servizi strumentali all'attività speciale.

## **5. Conclusioni. Le interferenze tra diritto amministrativo e diritto penale.**

Non può non rilevarsi, in conclusione, che, in tema di valutazione della strumentalità dei servizi connessi alla gestione aeroportuale, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento non sempre univoco. L'assenza di un'inequivoca definizione normativa sottesa all'individuazione del principio della strumentalità quale elemento discrezionale per l'applicazione del diritto degli appalti pubblici per la selezione dell'affidatario di un servizio non consente di escludere, nei suoi risvolti penalistici, un rischio di compromissione del principio di legalità, nella sua accezione di tipicità e prevedibilità della sanzione penale, cui deve essere improntata l'individuazione dei reati. Non può dirsi sottratta al rispetto di tali principi la verifica dei presupposti rimessa a norme afferenti a fonti normative diverse da quelle penali, come il Codice dei contratti pubblici in tema di individuazione della procedura applicabile. Orbene, deve rilevarsi come in un caso analogo, connesso all'appalto del servizio di pulitura della pista tramite "sgommatura" (procedura consistente nella periodica rimozione meccanica dalla pista dei depositi di gomma lasciati dai pneumatici degli aeromobili in fase di atterraggio, necessaria per il mantenimento in efficienza della stessa), pur imposta dalla normativa tecnica di settore, il TAR Emilia Romagna aveva concluso nel 2010 che «l'appalto per la ripulitura della pista non può essere

<sup>20</sup> Attuativo dell'Annesso n. 14 della Convenzione di Chicago in materia di aviazione civile internazionale, stipulata il 7 dicembre 1944, con particolare riguardo alla sicurezza delle operazioni aeroportuali.

<sup>21</sup> Cass. Pen., sent. n. 11366/2020, paragrafo 3, pag. 6.

oggettivamente ricondotto ‘alle attività relative allo sfruttamento di un’area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti»<sup>22</sup> di cui all’art. 213 D. Lgs 163/2006, allora vigente.

Da quanto esposto, e anche alla luce della copiosa giurisprudenza di legittimità sull’individuazione delle procedure ricadenti nello spettro applicativo dell’art. 353 c.p. richiamata in premessa<sup>23</sup>, sembra auspicabile che sia il Legislatore a tracciare con precisione i confini dei subaffidamenti nei settori speciali soggetti al rispetto del D. Lgs. 50/2016. Tale necessità sembra inserirsi, invero, nell’ambito di una più ampia proliferazione di procedure atipiche, anche informali, di non sempre agevole ricomprensione nell’alveo della normativa pubblica. Per giunta, tali procedure risultano bandite ed espletate sempre più spesso non solo dalla Pubblica Amministrazione, ma anche da società pubbliche, organismi di diritto pubblico, esercenti un pubblico servizio e, a talune condizioni, come nel settore edilizio, da soggetti privati procedano alla selezione del contraente per l’esecuzione di opere di urbanizzazione “a scomputo”<sup>24</sup>. Parallelamente alla moltiplicazione di tali procedure di gara, si assiste alla conseguente espansione della tutela penalistica agli interessi collettivi offerta dal reato di turbata libertà degli incanti, entro i quali sembra potersi ricondurre tale moltitudine di ipotesi, senza poter dimenticare che tale forma di tutela dovrebbe risultare sempre eccezionale e “frammentaria”<sup>25</sup>. Ne deriva quantomeno l’auspicabilità di una mappatura organica delle procedure subordinate al rispetto della normativa pubblica, delineandone con chiarezza i confini, a beneficio quantomeno della prevedibilità della sanzione penale. Infatti, la vaghezza di alcune definizioni, pur ben conciliandosi con le esigenze di flessibilità del diritto amministrativo, in cui l’interpretazione alla luce della *ratio legis* si rivela spesso efficace, appare talvolta in contrasto con le esigenze di certezza della legalità penale. Sembra esserne un esempio la definizione di origine giurisprudenziale della “strumentalità” dei servizi nei settori speciali, che fa discendere la natura pubblica della procedura in ragione del suo oggetto.

<sup>22</sup> TAR Emilia-Romagna, 15 gennaio 2010, n. 107, il quale, nell’escluderne la strumentalità e, dunque, la ricomprensione nei settori speciali, ne ha tratto l’esclusione dell’art. 244 D. Lgs. 163/2006 in tema di determinazione del giudice competente, concludendo per la cognizione del Giudice Amministrativo. Cfr. A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: L’autonomia contrattuale e le regole dell’evidenza pubblica*, cit., 295, nota n. 96.

<sup>23</sup> V. nota n. 1.

<sup>24</sup> Si rammentino al riguardo le pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione Europea C-399/98, che ha affermato ha affermato la necessità di assoggettamento della realizzazione delle opere di urbanizzazione “a scomputo” alle procedure di evidenza pubblica, in quanto opere pubbliche in senso stretto sul piano funzionale e del controllo dell’Autorità pubblica, e la pronuncia C-412/2004, in tema di affidamenti di tali opere di urbanizzazione con importi c.d. “sottosoglia”. Per l’attuale normativa sul punto si rinvia agli artt. 1, comma 2, 20, 36 comma 3 del D. Lgs. 50/2016.

<sup>25</sup> Sulla celebre teoria della frammentarietà del reato, si rinvia a T. VORMABAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fasc. n. 1, 2015, 51 ss. e al ricco riferimento bibliografico ivi contenuto.