

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 3516 del 2014, proposto da:

Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Sala, Andrea Di Porto, Arturo Cancrini, Vittorio Domenichelli, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Di Porto in Roma, via Giovanni Battista Martini, 13;

contro

Società per l'Aeroporto Civile di Bergamo - Orio al Serio - Sacbo Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Villata, Luca Raffaello Perfetti, Benedetto Giovanni Carbone, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Caccini, 1;

nei confronti di

Società Aeroporto Brescia e Montichiari - Abem Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Frigessi di Rattalma, Maria Ughetta Bini, Roberto Invernizzi, Mariano Protto, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Cicerone, 44;

Aeroporto Gabriele D'Annunzio Spa, Regione Lombardia, Provincia di Brescia, Comune di Brescia, Comune di Montichiari;

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Enac - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE I n. 00170/2014, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione di gestione totale per la durata di quarant'anni dell'aeroporto di Brescia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società per l'Aeroporto Civile di Bergamo - Orio al Serio - Sacbo Spa, di Società Aeroporto Brescia e Montichiari - Abem Spa, di Ministero dell'Economia e delle Finanze, di Enac - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2015 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vagnucci (su delega di Cancrini), Giovanni Corbyons (su delega di Protto), Di Porto, Perfetti, Carbone e l'avv. dello Stato Vessichelli;

Con decreto interministeriale del 13 marzo 2013 intercorso tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministero dell'Economia e Finanze veniva rilasciata alla Società Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca s.p.a. (in seguito Società Catullo) la concessione relativa alla gestione totale dell'Aeroporto Gabriele D'Annunzio di Brescia Montichiari, per la durata di anni quaranta.

Tale provvedimento fa seguito, in particolare, ad un complessa vicenda che affonda le sue radici alla fine degli anni novanta i cui punti salienti sono di seguito così riassumibili.

Il 19 maggio 1998 viene sottoscritto un protocollo di intesa tra vari soggetti, enti pubblici territoriali, Amministrazioni statali e Catullo, Società che gestisce l'Aeroporto di Verona Villafranca, con cui vengono assunti degli impegni circa l'assetto e la gestione da darsi all'Aeroporto di Brescia – Montichiari.

Il 5 giugno 1998 il Ministero dei Trasporti dispone l'assegnazione anticipata delle aree ricomprese nell'Aeroporto Montichiari, conseguendo da ciò per la Società Catullo la qualifica di gestore parziale dell'area aeroportuale a titolo precario per poi in data 11 giugno 1998 presentare, la predetta Società, al Ministero dei Trasporti richiesta di occupazione e uso dei beni demaniali ivi insistenti.

Il 26 ottobre 1998 Catullo presenta domanda con cui chiede l'affidamento in concessione della gestione totale dell'Aeroporto Montichiari e il 19 luglio 1999 produce domanda integrativa, ai sensi del D.M. n.521/97.

Successivamente, dopo che erano stati avviati i procedimenti volti alla smilitarizzazione dell'Aeroporto Montichiari, in data 23 giugno 2010, dopo una prima convenzione, datata 30 aprile 2008, viene sottoscritta una nuova convenzione tra ENAC e Società Catullo per la gestione del predetto Aeroporto.

Interviene, infine, il decreto interministeriale del 18 marzo 2013, recante l'affidamento in concessione alla Società Valerio Catullo della gestione totale dell'Aeroporto Montichiari.

SACBO, società che gestisce l'aeroporto civile di Bergamo Orio al Serio, impugnava innanzi al Tar della Lombardia, sezione di Brescia il suindicato decreto di concessione, nonché la sottesa convenzione, deducendo la illegittimità degli atti impugnati per svariati vizi rubricati sotto cinque motivi.

L'adito Tribunale amministrativo, con sentenza n. 170/2014, accoglieva il proposto gravame, ritenendo fondati il primo (in parte) e il secondo mezzo d'impugnazione, con assorbimento degli altri motivi, ma respingendo la chiesta declaratoria di inefficacia della convenzione.

In particolare a sostegno del disposto annullamento del provvedimento concessorio il primo giudice ha ritenuto fondate le censure secondo cui:

l'istanza dell'ottobre del 1998 non poteva radicare l'affidamento in concessione dell'Aeroporto Montichiari atteso che quest'ultimo era passato dal demanio militare a quello civile soltanto nel 2007;

la suddetta domanda del 1998 sarebbe generica e priva del programma di intervento e come tale inidonea a far ritenere applicabile al procedimento di che trattasi la normativa di tipo transitorio recata dal dlgs n.96/2005.

Il Tar nella parte narrativa del decimus ha pure messo in evidenza come una durata quarantennale di affidamento diretto “sia del tutto sproporzionata, anche ove si ipotizzi una legittimità temporalmente limitata di un periodo di affidamento senza gara”, con riferimento, tra l’altro “allo scopo perseguito dall’art.101 del Trattato CEE e alle direttive che presidiano l’obbligo di procedere con gare pubbliche anche nell’agire concessorio”.

La Società Catullo ha proposto appello avverso la predetta sentenza, deducendo a sostegno della erroneità delle rese statuizioni i seguenti motivi:

violazione dell’art.100 c.p.c.; inammissibilità del ricorso, in quanto proposto avverso un atto non ancora efficace o comunque improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse;

violazione e/o falsa applicazione dell’art.10 legge n. 537/93, degli artt.6, 7 e 17 del D.M. n.521/97, nonché degli artt.11 e 15 legge n.2451/90; omessa o comunque insufficiente motivazione; travisamento dei fatti;

violazione dell’art. 24 Cost., dell’art. 73 comma 3 c.p.a., degli art.5 e 101 Trattato CE e dell’art. 3 comma 2 dlgs n. 96/05; omessa o comunque insufficiente motivazione; travisamento dei fatti.

La Società SACBO si è costituita in giudizio con memoria difensiva e contestuale appello incidentale.

Nel resistere, contesta la fondatezza dei tre motivi di appello e, relativamente al gravame pure proposto, impugna la sentenza n. 170/14 nella parte in cui il TAR ha ritenuto di assorbire alcuni profili di illegittimità dedotti col primo motivo del ricorso di primo grado, a proposito dei requisiti di natura economico-finanziaria e patrimoniale per l’ottenimento della concessione della gestione totale dell’aeroporto di che trattasi.

Queste le censure:

errore in iudicando in relazione ai paragrafi 12 e 24 della sentenza n.170/2014, relativi al motivo I di ricorso di primo grado rubricato “ violazione degli artt.10 della legge n. 537/1993, 1 del d.l. n.251 del 1995, 12 della legge n. 498/92, 1, 3, 5, 7, 9, 10, 11, 13 del d.m. n.521/97, 1-bis del d.l. n.237/2004, 3 del dlgs n.96/2005, 30 del dlgs n.163/2006, 1, 3 e 6 della legge n.241/90; eccesso di potere per difetto d’istruttoria, travisamento dei fatti e dei presupposti di diritto, carenza di motivazione, illogicità manifesta.

Sacbo ha altresì dedotto altro apposito motivo declinato come error in iudicando avverso il paragrafo 23 della sentenza che ha respinto la richiesta di declaratoria di inefficacia della convenzione.

Si è altresì costituita in giudizio con atto di costituzione e appello incidentale, poi rinunciato, la Società Aeroporto Brescia e Montichiari - ABEM spa -.

Inoltre ENAC – Ente nazionale per l’Aviazione Civile, il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, il Ministero dell’Economia e delle Finanze hanno proposto con il patrocinio dell’Avvocatura erariale appello incidentale avverso la sentenza n.170/2014, deducendo i seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell’art. 7 del D.M. n.521/1997 e dell’art. 3 dlgs n.96/2005;

Violazione e falsa applicazione dell’art.3 dlgs n.96/2005.

Le parti hanno poi con apposite memorie, anche di replica, ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

All’udienza pubblica del 9 giugno 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

Tanto premesso in punto di fatto, la Sezione ritiene di dover sollevare, ex officio, questioni interpretative di carattere pregiudiziale a mezzo dell’istituto del rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 paragrafo 1 TFUE, stante la rilevanza delle stesse in ordine alla definizione della causa di che trattasi, in adesione a quanto in proposito affermato da questo Consiglio di Stato (cfr sez. VI, ord. n. 1244 del 5/3/2012).

Diritto

Il diritto dell'Unione.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13/12/2007, reca numerose disposizioni che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico e precisamente le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art.12 e seguenti), quelle relative alla libertà di stabilimento (art. 43 e seguenti), ancora quelle riguardanti la libera prestazione di servizi (art. 49 e seguenti).

Trattasi, in particolare, dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità. Segnatamente il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione, garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica con appropriati mezzi di pubblicità la loro intenzione di ricorrere ad una concessione.

La Comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata sulla GUCE del 29 aprile 2000, ha previsto che i principi di evidenza pubblica da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo vanno applicati in quanto dettati in via diretta e self executing dal Trattato anche a fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie.

Secondo le indicazioni della Commissione (punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) le forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario.

La giurisprudenza comunitaria.

Il giudice comunitario ha dato delle disposizioni suindicate puntuale interpretazione nel senso della piena applicabilità dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di libertà di stabilimento anche a fattispecie diverse da quelle contemplate dalla direttiva sugli appalti, proprio perché trattasi di principi sanciti in modo universale dal Trattato.

Così è stato statuito che "il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi" (cfr Corte di giustizia sentenza 25 aprile 1996 causa C-87/94).

La stessa Corte di Giustizia ha altresì avuto modo di stabilire la sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, lì dove è stato precisato che l'obbligo di trasparenza cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire in favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (cfr sentenza 7 dicembre 2000 causa c-324/98).

E ancora, proprio in tema di concessioni di servizi, è stato affermato (Corte di Giustizia Ce 7/12/2000 C-324/98) che la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza.

Il diritto italiano.

- La legge 24 dicembre 1993 n.537, all'art.10 comma 13, prevede l'apposita costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e per la realizzazione di infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato.

- Il D.M del 12/11/1997 n.521, entrato in vigore il 24/4/1998, di approvazione del regolamento recante norme di attuazione del suindicato art.13 comma 10 della legge n. 537/93, all'art. 7 (dal titolo "Affidamento della gestione") così dispone:

" 1 L'affidamento in concessione della gestione totale aeroportuale alle società di capitale è effettuato con decreto del Ministro dei Trasporti e della Navigazione di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze, su istanza da presentarsi da parte delle società richiedenti, entro nove mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento, da integrare entro i successivi sei mesi, con una nuova domanda corredata da un programma di intervento..." "2 Con il decreto di approvazione della domanda di affidamento di cui al precedente comma 1 viene altresì determinato il periodo di durata della concessione che può superare i venti anni, nel limite massimo de quaranta, in relazione alle valutazioni formulate con riferimento al contenuto del programma di intervento di cui al comma 1".

- Il dlgs 9/5/2005 n.96 (revisione della parte aeronautica del codice della navigazione), all'art. 3 (intitolato "Dei beni destinati alla navigazione e della polizia degli aerodromi"), al primo comma, si occupa delle gestioni aeroportuali e dei servizi di assistenza a terra e prevede, in ordine al rilascio della concessione di gestione (art.704 riscritto), che "il provvedimento concessorio nel limite massimo di durata di quaranta anni è adottato su proposta dell'ENAC all'esito della selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previa idonee forme di pubblicità"; al successivo secondo comma tale norma prevede altresì che "... le disposizioni di cui all'art. 704 primo e secondo comma del codice della navigazione, come modificato dal presente decreto legislativo, non si applicano alle concessioni della gestione aeroportuale già rilasciate, anche in base a legge speciale, nonché ai procedimenti di rilascio della concessione su istanza antecedente alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, ai sensi del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione 12 novembre n.521" (il caso che qui ricorre).

- Il d.l. 25/3/1997 n.67, convertito nella legge 25/5/1997 n.135, all'art.17 (dal titolo "Anticipata occupazione del demanio aeroportuale") facoltizza il Ministro dei trasporti e della navigazione ad autorizzare, su richiesta i soggetti titolari di gestioni parziali aeroportuali anche in regime precario, all'occupazione e all'uso dei beni demaniali rientranti nel sedime aeroportuale.

- Il d.l. 29/12/2011 n.216, art.11 comma 2, recante proroga dei termini di validità del regime transitorio di affidamento della concessione di gestione totale aeroportuale, consente l'affidamento in via diretta anche con riferimento al d.l. n.78/2010, art.6 in tema di requisiti economici richiesti per il programma di intervento di cui al punto 1 del citato d.m. n.521/97.

Il quadro giurisprudenziale interno.

A fronte di tale normativa, la giurisprudenza nazionale:

1) ha riconosciuto ai principi espressi dalla Corte di giustizia come sopra riportati "una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti e i sistemi di scelta del contraente ispirati alla par condicio presentano sempre i medesimi requisiti strutturali e richiedono le medesime tecniche di indagine e di giudizio (Cons. Stato Sez. IV 15/2/2002 n.934);

2) ha chiarito che i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità recati dal Trattato sono vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle contemplate dalle direttive in

materia di appalti, stante la universalità degli stessi, con immediata operatività rispetto alle concessioni di servizio (Cons. Stato Sez. VI 30/1/2007 n. 362; Cons. Stato Sez. V 31/5/2007 n. 2825);

3) ha ulteriormente specificato che i criteri di obiettività e trasparenza tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati si applicano anche alle concessioni di servizio (Cons. Stato Sez. VI 30/1/2007 n. 362 già citata).

I dubbi della Sezione.

La normativa italiana come sopra riportata ha introdotto sia pure in maniera per così dire transitoria (ma così non è per le numerose proroghe poi intervenute) un regime di tipo derogatorio alla regola generale dell'affidamento di concessione aeroportuale a mezzo di gara ad evidenza pubblica, configurando in particolare uno speciale "salvacondotto" per coloro i quali si siano trovati ad una certa data in determinate condizioni di fatto, in forza delle quali tali soggetti si sono potuti giovare di una concessione di gestione delle aree aeroportuali della durata addirittura quarantennale.

Ora la Sezione ritiene che la fattispecie all'esame non possa sottrarsi alla disciplina comunitaria che impone lo svolgimento di una procedura concorrenziale previa pubblicità e che si sia ragionevolmente inverata un'ipotesi di non consentita assegnazione di una concessione quarantennale di gestione aeroportuale totale, obliterandosi al riguardo l'attivazione della procedura concorsuale ad evidenza pubblica per l'affidamento in parola.

Vengono perciò in rilievo dubbi di possibile contrarietà alla normativa comunitaria, fondati in particolare sulle seguenti considerazioni.

L'ordinamento italiano, in base alle disposizioni sopra riportate, ammette che un soggetto trovatosi ad una certa data in una determinata situazione di fatto (gestore parziale anche a titolo precario degli spazi aeroportuali) si giovi di un'occasione di guadagno con l'attribuzione diretta dell'affidamento della concessione, nel che potrebbe ravvisarsi la violazione dei principi della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità, l'attribuzione di un tale favor producendo, due contestuali deleteri effetti: a) impedisce l'aggiudicazione del servizio in questione ad altro soggetto e/o operatore economico portatore di una migliore offerta sia in termini economici che tecnici; b) priva l'Amministrazione stessa della possibilità di conseguire un eventuale risparmio economico e di una ottimale esecuzione della prestazione di servizio.

Il combinato disposto delle norme italiane suindicate, nell'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza (in adesione peraltro alle *regulae iuris* stabilite dalla giurisprudenza comunitaria) potrebbe altresì porsi in contrasto con il diritto dell'Unione per violazione del principio della concorrenza sotto un ulteriore profilo: con l'affidamento diretto per un notevolissimo lasso temporale (più di venti anni e fino a quaranta anni) si creano i presupposti per una gestione monopolistica di un servizio pubblico, nella misura in cui tale ingiustificato favor viene attribuito in virtù del dirimente rilievo costituito dal dato storico di essere stato gestore parziale e di aver presentato nei primi sei mesi dall'entrata in vigore del D.M. n.521/97 una semplice domanda di partecipare al procedimento di affidamento del servizio in parola; ed appare del tutto illogico che si affidi a tale discrimen il criterio per valutare l'affidabilità e la serietà dell'operatore economico.

Più in generale poi il Collegio rileva un possibile contrasto con il principio di concorrenza di cui agli artt. 49 e 56 TFUE: risulta dalla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia che tali articoli ostano ad ogni misura nazionale che sia in grado di vietare, ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio, da parte di cittadini dell'Unione europea, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi garantite dalle suindicate disposizioni del Trattato (cfr sentenza Serrantoni C/ Consorzio stabili edili C- 376/08).

Una corretta interpretazione e applicazione del canone comunitario della concorrenza impone che tutti gli operatori economici abbiano parità di chances quando il committente ha natura pubblica.

Conclusivamente, ai fini della decisione del ricorso indicato in epigrafe, la Sezione ritiene di sollevare la seguente questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art.267 TFUE in relazione alla interpretazione della normativa comunitaria: "se i principi del Trattato dell'Unione Europea di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, concorrenza ostino ad una disciplina nazionale quale quella costituita dal combinato disposto degli artt. 10 della legge n.537/93, 6, 7, 8 e 17 del D.M. n.521/1997, 17 del d.l. 67/97, 3 comma 2 del dlgs n. 96/2005, 11 del d.l. 216/2011, in relazione all'art.6 del d.l. n.78/2010, nella misura in cui tali disposizioni nazionali possano giustificare la sottrazione dell'assegnazione di una concessione quarantennale aeroportuale totale ad un affidamento con procedura concorsuale ad evidenza pubblica".

Ai sensi della " nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali" 2011/C vanno trasmessi in copia alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione europea, mediante plico raccomandato:

gli atti e i provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado;

il ricorso di primo grado;

la sentenza del Tar della Lombardia – Sezione di Brescia appellata;

- l'atto d'impugnazione e tutte le memorie difensive depositate da tutte le parti del giudizio;

la presente ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia U.E.;

copia delle norme nazionali: art. 3 comma 2 dlgs n.96/2005; D.M. n.521/1997; d.l. 216/2011; art. 10 legge n. 537 /93.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato nei sensi di cui in motivazione, dispone:

la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art.267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione e con allegata copia degli atti indicati;

la riserva alla decisione definitiva di ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito ed in ordine ai complessivi oneri processuali.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/09/2015