

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 580 del 2013, proposto da:

Società per l'aeroporto civile di Bergamo - Orio al Serio - Sacbo Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Raffaello Perfetti, con domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliata in Brescia, via S. Caterina, 6; Regione Lombardia, Provincia di Brescia, Comune di Brescia, Comune di Montichiari, aeroporto Gabriele D'Annunzio Spa, Società Aeroporto Brescia e Montichiari - Abem Spa; Aeroporto Valerio Catullo di Verona Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Sala, Giovanni Maccagnani, Andrea Di Porto, con domicilio eletto presso Domenico Ferrara in Brescia, via Paganora, 9;

per l'annullamento

del decreto 18.3.2013 del Ministero infrastrutture e trasporti con il quale è stata assentita alla società aeroporto Valerio Catullo spa la concessione di gestione totale per la durata di quarant'anni dell'aeroporto di Brescia-Montichiari, nonché di ogni altro atto connesso e per la declaratoria di inefficacia della annessa convenzione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile e di Aeroporto Valerio Catullo di Verona Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2014 il dott. Mario Mosconi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Torna all’attenzione di questo Giudice territoriale – a distanza di cinque anni – una vicenda del tutto analoga a quella intorno alla quale si è qui dibattuto all’inizio del 2009 e che riguarda, ancora un volta, l’affidamento diretto (senza gara) alla controinteressata della gestione totale ed onnicomprensiva dei servizi aeroportuali inerenti lo scalo di Montichiari in provincia di Brescia.

2 – E’ qui ricorrente, la società “SACBO” (partecipata al 31% ~ da SEA) che opera da lungo tempo nello stesso settore della società controinteressata: quest’ultima destinataria della concessione in discorso con la annessa relativa convenzione.

La detta società – come cennato - è molto attiva e da molto tempo nel diverso scalo civile di Orio al Serio, posto in strettissima vicinanza con la città di Bergamo. Tale scalo dista – in linea d’aria – dallo scalo di Montichiari, circa 60 km. Mentre quest’ultimo dista, ancora in linea d’aria, dallo scalo più rilevante assegnato in gestione alla società controinteressata, circa 45 km; quest’ultimo ulteriore si trova nei pressi di Sommacampagna a poca distanza dalla città di Verona. Tutti e tre i detti scali sono posti nella parte alta della Pianura padana, in prossimità di anfiteatri collinari morenici e a ridosso delle prealpi, nell’ambito di un corridoio europeo (viario e ferroviario ovest/est) - Villafranca pur anche in prossimità di un diverso corridoio europeo nord-sud che incrocia il precedente e che si sviluppa lungo la valle dell’Adige e lungo il corso dell’Adige stesso (per alcuni tratti).

3 – Nel 2008 il qui evocato Enac ebbe a sottoscrivere una diversa e precedente convenzione con la controinteressata: suppergiù, tuttavia, di analogo contenuto.

4 – Detta convenzione – ancorchè in assenza di atto concessorio – venne impugnata da ABEM.

Questo Tribunale ne affermò l’inefficacia e la invalidità anche sotto il profilo della nullità (853/09): ciò per contrarietà alle norme europee di ritenuto ordine pubblico economico, per inconferenza della domanda del 26/10/1998 della controinteressata (unica domanda, almeno pare, ancora richiamata dall’atto concessorio ai fini fondamentali di cui qui si discute). Il CdS – adito in sede di appello - non si occupò delle plurime e variegiate argomentazioni poste a base della detta sentenza di primo grado, affermando solo l’inammissibilità del ricorso di ABEM per mancanza di atto lesivo (carezza di atto concessorio) (sentenza n. 1250/010): pur a fronte di una giurisdizione di carattere esclusivo. Conseguentemente la detta situazione di gestione dello scalo di Montichiari si è protratta, senza più alcuna legittimazione formale, dal 31/12/2004 per poi trascinarsi per altri diversi anni sino quasi all’oggi: allorquando, finalmente, approvata un’altra convenzione, la medesima è stata fatta propria – per la prima volta – da un atto concessorio: qui, appunto, posto in discussione da SACBO. Detto singolare tipo di decorso del tempo è stato favorito – nei fatti – anche dal legislatore nazionale il quale ha continuato a perpetuare, tramite atti normativi di fine anno, le relative scadenze procedurali stesse, allontanandole nel tempo anno per anno.

5 – Ciò premesso, si espongono riassuntivamente le lamentele che la detta società bergamasca ha qui introdotto:

a – violazione art. 10 l. 537/93; art. 1 dec. lg.vo 251/95; l. 495/92; artt. 1, 3, 5, 7, 9, 10, 11 e 13 DM 521/97; art. 1 bis d.l. 237/04; art. 3 dec. lg.vo 96/05; art. 30 dec. lg.vo 163/06; art. 1, 2 e 6 l. 241/90; eccesso di potere sotto vari profili; in estrema sintesi si tende, nello specifico, a dimostrare l’inaffidabilità economica e

finanziaria della controinteressata anche per dimostrare l'impossibilità di affidare alla medesima la detta gestione; la ricorrente cerca quindi di dimostrare la illegittimità dell'affidamento medesimo; a tale scopo si mette in evidenza una serie di ritenute inesattezze economiche e finanziarie altrimenti particolari anche in tema di previsioni di congruità di investimenti e connesse fasi di redditività e di utilità marginale. Da ciò la inconsistenza della solidità finanziaria dell'iniziativa validata in modo del tutto apodittico con un'istruttoria contraddittoria; in conclusione si assume la inaffidabilità e la aleatorietà della proposta della controinteressata quale contenuto anche della annessa convenzione;

b – violazione art. 2 l. 265/04; art. 10 l. 537/93; art. 1 dec. lg.vo 251/95; art. 12 l. 498/92; artt. 1, 2, 3, 7, 9, 10, 11 e 13 DM 521/97; art. 1 bis d.l. 237/04; art. 3 dec. lg.vo 96/05; art. 30 dec. lg.vo 163/06; art. 11 d.l. 216/011; art. 6 d.l. 78/010; art. 1 e 2 l. 241/90; eccesso di potere sotto vari profili; con la detta censura, nel richiamare ut supra i citati presupposti normativi, si tende ad affermare la inconferenza temporale, a fini di affidamento diretto della concessione e senza gara pubblica, della domanda del 1998 della controinteressata; al riguardo si sostiene così la non applicabilità, al caso di specie, del disposto di cui all'art. 3, 2° c. del dec. lg.vo 96/05; ciò pur alla stregua del lungo trascorrere del tempo;

c – violazione art. 3, 2° c. dec. lg.vo 96/05; art. 10 l. 537/93; 1 dec. lg.vo. 251/95, art. 12 l. 498/92; artt. 6, 7 e 8 DM 521/97; art. 1 bis d.l. 237/04; art. 30 dec. lg.vo 163/06; art. 11 d.l. 216/011, 6 d.l. 78/010; art. 704 Codice della navigazione (parte aerea conferente). Si sostiene la inderogabile necessità di dar luogo, ai fini di assegnazione della concessione in discorso, ad una pubblica gara; si richiamano al riguardo anche specifiche regole comunitarie in tema di libera concorrenza;

d – violazione art. 97, 117 e 118 della Costituzione; violazione art. 698 del Codice della navigazione; ciò in tanto in quanto il detto affidamento diretto sarebbe illegittimo anche in ragione del fatto che la Regione Lombardia risulterebbe esclusa illegittimamente dalla procedura relativa al citato affidamento medesimo; invero le norme invocate disporrebbero, invece, la obbligatoria partecipazione procedimentale della Regione medesima.

6 – SACBO, in limine libelli, insta anche per la declaratoria di inefficacia della più volte citata convenzione incorporata ed annessa all'atto concessorio de quo.

7 – Alle argomentazioni tutte della istante società hanno puntualmente controdedotto tutte le parti convenute e costituite e la stessa società controinteressata.

7.1 – Più nello specifico va rilevato che, salvo diverse sfaccettature propositive, le controparti sono concordi nell'affermare: la conferenza funzionale ed utilità temporale della detta domanda del 1998 rispetto al disposto dell'art. 3, 2° c. del dec. lg.vo 96/05 (più volte rimodellato dal legislatore; per lo più con riferimento a termini temporali) nonchè la rilevanza del fatto che l'affidamento diretto in discorso sarebbe consentito in via d'eccezione anche dall'ordinamento comunitario in tema di libera concorrenza; infatti, in tal modo, si darebbe luogo ad una oggettiva e conclusiva definizione, certa e completa, di tutti i rapporti giuridici tra le parti convenute e sottoscrittrici; si afferma poi come, in ogni caso, tutto il periodo pregresso di attività nello scalo in discorso sarebbe utile circostanza a far radicare un diritto di insistenza;

7.2 - Sono poi stati altrimenti delineati – ancora dalle parti di cui sopra e a supporto delle relative antitesi - vari argomenti contrapposti di ritenuta affidabilità e di dimostrabile solidità economico-finanziaria e di affermata correttezza anche in termini di piano di investimento e di utilizzo dello scalo in discorso; ciò anche alla stregua del certo e non solo auspicato concretizzarsi di tutte le opere e le miglorie strutturali previste in detto piano medesimo per lo scalo di Montichiari. L'ultimo rilievo viene confutato chiamando in campo una decisione della Corte Costituzionale su alcune norme della Regione Lombardia.

7.3 – Nell'incipit di prospettazioni delle convenute parti insiste anche una eccezione di fondo (la medesima, peraltro, è stata abbandonata in sede di discussione orale nel merito dalla difesa erariale) alla stregua della quale la soc. SACBO sarebbe priva di legittimazione attiva; ciò in tanto in quanto, al momento delle notifica del ricorso presente, la contrastata concessione non sarebbe stata ancora efficace poiché priva di registrazione.

7.4 – In prossimità della data della UP sono poi state introdotte, memorie, contromemorie, repliche e controrepliche e conclusioni finali per quanto di ciascuna oppugnante ragione.

8 – La causa, dopo una lunga e puntuale discussione - molto apprezzata dal Collegio – è stata infine spedita in decisione.

9 – Anche se non vi è stata discussione sul punto, è evidente che la vertenza de qua – attesa l'allocazione territoriale dello scalo di Montichiari – pertiene alla altrimenti competenza territoriale di questo Giudice di prime cure.

10 – E' ora il caso di esaminare la su riassunta eccezione che la controinteressata ha vigorosamente continuato a sostenere anche in sede di discussione orale.

10.1 – Peraltro, ancorchè suggestiva, l'eccezione si appalesa infondata.

10.1.1 – Al riguardo va – in primo luogo - rilevato che la registrazione in discorso attiene all'efficacia e non alla validità dell'atto concessorio e che la detta efficacia è ormai già presente ed irreversibile.

10.1.1.1 – La precedente e diversa transitoria situazione di inefficacia non è leva utile per sostenere una persistente carenza di legittimazione attiva in capo a SACBO. Infatti, per verificare l'utile insistenza della medesima nella sua duplice componente – come insegna costante giurisprudenza del CdS e dei TTAARR –, è necessario, in primo luogo, verificare l'insistenza soggettiva di un interesse in astratto alla presente decisione. Orbene la ricorrente ha, ineludibilmente, dato quanto sopra rilevato, un interesse certamente qualificato ad una decisione intorno alla aspettativa individuata con il ricorso presente. La stessa poi ha anche interesse specifico di risultato in quanto lo stesso ascrivibile a quella posizione differenziata particolare come sopra già descritta (ex multis CdS 983/011): quantomeno al fine di poter aspirare a partecipare alla gara pubblica (CdS 498/95; TAR BS 1176/013) di cui in questa sede se ne chiede la declaratoria di indizione. Del resto un tale interesse, seppur strumentale, pare del tutto attuale ed immediato (v. CdS 3656/06).

11 – Tanto concluso il Collegio ritiene di dover ribadire - ex novo e alla luce di quanto pacificamente emerge ormai per acta – che il sito dello scalo di Montichiari al momento della ritenuta fondamentale domanda della controinteressata del 1998, apparteneva al demanio militare e che il medesimo è passato al demanio civile solo tra il 2007 ed il 2008 (momento quest'ultimo di pubblicazione sulla GU del relativo decreto del 03/07/2007); questo solo allorquando era in procinto di essere sottoscritta una convenzione, per la prima volta onnicomprensiva e con oggetto materiale "civile": quest'ultima vista dal Collegio nell'ambito di una propria precedente statuizione (853/09 ut supra).

11.1 – Il detto medesimo scalo, perciò, era stato "assegnato" sino al 2008, in termini del tutto diversi come occupazione d'uso transitorio per scopi civili di porzioni di demanio militare. Invero un tale portato legittimamente transitorio e precario rispondeva necessariamente ad esigenze di difesa nazionale e di sicurezza le quali, per loro natura, di certo non potevano comportare nessun affidamento comparabile a quello ora ottenuto dalla contrinteressata e di per sé non richiedente alcuna definizione di rapporti giuridici "in sospeso" in quanto anche questi riconosciuti come transitori e precari.

E ciò stesso è del tutto intuitivo considerando anche i brevi periodi successivi di legittimazione d'occupazione sino al 31/12/2004 (art. 17 L. 135/97; atto ministeriale 3147/07).

11.2 – E' Inoltre ineludibile (v. atti) che la su descritta precarietà di gestione – pure limitata in termini superficiali - era ben nota ab origine anche alla controinteressata. Appariva chiaro così anche a quest'ultima che tale situazione fosse e restasse precaria fino al passaggio del citato scalo bresciano dal demanio militare a quello civile (uso gratuito a ENAC); passaggio questo che non era ipotizzabile con certezza al momento della detta domanda (26.10.1998) in quanto la nuova qualificazione civile, intervenuta dopo quasi dieci anni, resta ascrivibile a scelta di alta amministrazione: nel 1998 ed invero per nulla ancora prevedibile.

11.2.1 – Ne consegue una estrema aleatorietà ed inconcludenza di quella tesi delle convenute che vorrebbe preconstituita e precostruita la detta domanda del 26.10.1998 al fine di ottenere, addirittura nel 2013, il qui contestato affidamento diretto tramite concessione. Ed invero nulla in tale domanda vi è circostanziato de futuro, soprattutto in termini propositivi sotto gli aspetti economico-finanziari e patrimoniali e di investimento qui invece osservati e con riguardo ad uno scenario che di certo era altrimenti allora del tutto incerto e poco raffigurabile in relazione ad un oggetto materiale non ancora ridefinito quale demanio civile.

11.2.2 – E' infatti evidente che solo nel 2007/2008 si affaccia uno scenario del tutto diverso, non più consapevolmente precario e transitorio: rispetto al quale il principio di libera concorrenza dinamica non avrebbe potuto essere facilmente eluso dato il detto intervenuto radicale mutamento qualitativo e quantitativo dello scalo in discorso.

12 – Tanto concluso, il Collegio ritiene ora di soffermare la propria attenzione su quel coadunabile contenuto di fondo proprio dei rilievi di cui sub 5b e 5c e che si può specularne unitariamente in primis. Infatti, se accolto, le relative conclusioni si mostreranno come assorbenti in quanto funzionalmente antecedenti sotto il profilo logico-sistematico rispetto alle ulteriori eventuali conclusioni che potrebbero riguardare gli altri profili di censura. Invero le ivi dedotte ulteriori questioni di profilo economico-finanziario, di inerente serietà e solidità patrimoniale e di investimenti (o meno) – ove si desse luogo ad un accoglimento del medesimo citato coadunato di vizio di cui 5b e 5c - finirebbero col divenire inconferenti poiché il relativo risultato non determinerebbe, comunque, alcun effetto utile; che, all'occasione, un siffatto risultato potrebbe apparire invece utile solo in futuro ed in relazione ad un particolare esito di una gara pubblica. Tale conseguenza di

inconferenza sopravvenuta si appalesa anche con riferimento alla questione ultima; infatti anch'essa sarebbe destinata ad obliterarsi atteso che, in altrimenti conseguenza di un simile eventuale accoglimento – se intervenuto –, si dovrebbe dar luogo ad un altro e diverso procedimento dando così altrimenti corso ad una gara pubblica.

13 – Come emerge per atti la precedente legittimata occupazione è cessata alla fine del 2004; la stessa era, come rilevato, dotata dei ben noti caratteri della precarietà, della transitorietà, della ripetuta brevità temporale e della limitatezza superficiaria. Si può così ritenere, almeno in ipotesi attendibile, che la più volte citata domanda del 26/10/1998 dalla soc. controinteressata – su cui fa leva di fondo l'atto concessorio per l'affidamento diretto qui contestato - sia stata superata anche nei fatti quanto non anche per silenzio concludente in negativo data la natura militare del demanio al tempo medesimo in essere. Del resto la possibilità di dar corso ad accordi civilistici era transitata ad ENAC solo in un momento di gran lunga successivo allo scadere del 2004 (2007/08 ut supra). La stessa domanda perciò potrebbe già aver esaurito il proprio scopo prima dell'entrata in vigore del dec. lv.go 96/05: quanto meno ed esaustivamente visti i dati e gli accidenti pregressi sopra descritti.

14 – L'ultima convenzione del 2008, superata da quella fatta propria dall'atto concessorio, ha avuto, tuttavia, sostanziale applicazione di fatto: per quanto definita (come già annotato) improduttiva di effetti dal CdS (1250/010). La stessa è poi la sola che riguarda il demanio civile e che ha portata totalizzante. Ciò a fronte anche del fatto che l'attività della controinteressata è continuata nello scalo in questione e, al modo descritto, ad opera indiretta del legislatore nazionale tramite formali proroghe annuali allontananti, via via, i termini finali di conclusione fissati per i relativi procedimenti di affidamento diretto, ove asseritamente avviati entro l'entrata in vigore del sopra menzionato decreto legislativo n. 96 del 2005.

16 – Giova, allora e tale ultimo riguardo, riportare ora il contenuto dell'art. 3, 2° c. del detto dec. lg.vo n. 96/05: "Indipendentemente dalla individuazione degli aeroporti di rilevanza nazionale, ai sensi dell'art. 698 del Codice della navigazione, [da effettuarsi entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo], le disposizioni di cui all'art. 704, 1° e 2° 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, e in ipotesi di delocalizzazione funzionale, nonché ai procedimenti di rilascio della concessione su istanza antecedente alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo ai sensi del DM 12.11.1997 n. 521 del Ministero dei Trasporti e della Navigazione".

16.1 – Il testo del medesimo prosegue disponendo che i detti procedimenti (quelli i cui termini finali sono stati via via allontanati nel tempo), di rilascio (senza gara) siano terminati entro il 31.12.2009 (analogamente come nel pregresso v. art. 18 d.l. 248/07, art. 29 d.l. 207/08). La declinazione normativa pressoché consonante del 2011, ancora ulteriormente allontanante (art. 11, 2° c. d.l. 216/011), dispone due diversi momenti finali del tipo in discorso: l'uno al 30.06.2012 l'altro al 31.12.2012. La su indicata duplice scadenza rende tuttavia solo chiaro il fatto che, per la controinteressata, il nuovo termine dilazionato e di riferimento è il 2°. Colchè, tuttavia, ciò non vale a specificare che il detto articolato finisca anche coll'affermare ex se la accettabilità definitiva delle proposte economico-patrimoniali e finanziarie e di investimento di ogni proponente, potendo così ciascuno di essi già essere in grado di ottenere un affidamento diretto analogo a quello qui in discorso; che, nello specifico e per alcuni aspetti, pare anche essere aiuto di Stato: peraltro non notificato (art. 107 TUE) (v. per utili spunti Corte Costituzionale 299/013). Ed invero nell'ambito della annessa convenzione compaiono utilità finanziarie di buon spessore, pur anche al di fuori della remunerazione per il servizio, garantite dallo Stato e dall'ENAC.

16.1.1 – In ogni caso va anche rilevato che tale ultimo termine (31.12.2012) non riallaccia temporalmente a sé la diversa data entro la quale le domande de quibus avrebbero dovuto essere presentate. Il detto termine, invero, è stato fissato in tempi obbligatoriamente contenuti entro la sola data di entrata in vigore del più volte citato art. 3, 2° c. del dec. lg.vo 96/05 e non certo entro la ulteriore diversa data nella quale, via via, sono successivamente entrate in vigore, in due diversi tempi, le varie novelle al Codice della Navigazione – parte aerea.

16.1.1.1 – Colchè si può concludere che l'art. 11 2°c. d.l. 216/011 non ha quella portata che l'avvocatura erariale le attribuisce nella sua ultima relativa conclusione, peraltro, come sopra confutata.

16.2 – Si osserva ora che il detto e riportato articolato normativo è entrato in vigore nell'ordinario termine di giorni 15 dalla data di relativa pubblicazione nella GU (GU 08/06/2005).

Ciò che, invece, a tale data non era entrato in vigore, erano le novelle apportate da tale medesimo decreto legislativo al Codice della Navigazione – parte aerea (art. 20 dec. lg.vo 96/2005).

16.2.1 – Inoltre è più che evidente la portata non “perennemente transitoria” del su riportato art. 3, 2° c.; aspetto questo che esclude, in radice, la insistenza di una continuità di concomitanza temporale di efficacia successiva anche dello stesso ed in tal modo così non coincidente con quella delle dette novelle; che, altrimenti, è ovvio che si priverebbe di qualsiasi utilità concreta il citato 2° c. dell'art. 3 del più volte richiamato decreto legislativo.

16.2.2 – Tali conclusioni valgono anche per ulteriori novelle al detto medesimo codice così come introdotte dal successivo decreto legislativo n. 151 del 2006 (art. 21).

16.2.3 – D'altra parte solo nel 2005 si registra l'entrata in vigore del citato dec. lg.vo 96/05 a ben 7 anni di distanza dalla data della detta domanda del 26.10.1998. Sempre ad opera del legislatore – come più volte cennato - viene poi via via allontanata la data di conclusione dei procedimenti di affidamento diretto (sino al 31/12/2012). Sicchè risultano trascorsi molti e diversi anni di transitoria gestione, anche di fatto e pure senza gara ed il relativo connesso ciclo è destinato a finire solo 2050.

E che una tale durata di affidamento diretto sia del tutto sproporzionata, anche ove si ipotizzi una legittimità temporalmente limitata di un periodo di affidamento senza gara, è del tutto evidente.

16.3 - Sicché se ne conclude – pur in disparte le dette ipotesi negative- che la domanda del 26.10.1998 non può essere, in ogni caso, un utile punto di riferimento temporale a ritroso per gli scopi qui predicati dalle parti convenute.

La stessa, invero e per quanto concluso, non è atta a dimostrare che, a mezzo di essa medesima, il procedimento di specie sia stato veramente e concretamente attivato nel 1998 e che lo stesso non si sia mai interrotto irreversibilmente anche per silentium concludente a fronte di un sito demaniale militare la cui qualificazione stessa raffigura, sino al 2008, scopi di sicurezza nazionale a difesa dello Stato.

16.4 – Se poi – a tutto concedere in via esplicativa ed ad abundantiam (v. sent. TAR BS 853/09) - si passa a considerare la analoga domanda del 1999 si rileva – ancora una volta – che sussistono le stesse genericità su descritte anche per quest’ultima; non può perciò che concludersi nello stesso modo di cui sopra asseverandosi così la infruttuosità specifica anche di questa stessa quale strumento per vantare un collegamento funzionale con le domande del 2005 e viceversa.

16.5 – Si può così ed anche affermare che queste ultime ulteriori domande, pacificamente presentate dopo l’entrata in vigore dell’art. 3, 2° c. del più volte citato dec. lg.vo n. 96/05, non sono esse stesse e a loro volta funzionalmente ricollegabili alle due domande di cui sopra: pur presentate in tempi ipoteticamente utili (ut supra).

16.6 – Altre considerazioni di inutilità funzionale, pur ex sè, sconta ancora la citata domanda del 1999 (19.07.1999). Infatti con quest’ultima si prospettano scenari di investimento sino al 2015; di contro la durata temporale della ulteriore ipotesi di convenzione (del 2008) verrebbe a cessare tra il 2048 e il 2050 così come l’ultima e successiva qui fatta propria dalla concessione altrimenti qui criticata. È evidente perciò che una tale discrasia temporale tra il detto anno 2015 e tali ultime date finisce coll’annichilire – anche sotto tale profilo – la funzione che si vorrebbe assegnare, per il passato, ad ogni domanda pregressa; soprattutto se si tiene conto che gli scenari economici, pur per loro natura (soprattutto negli ultimi anni), sono rapidamente e pesantemente mutati diverse volte (ut supra).

17 – Se ora si riguarda la vicenda in discorso anche dal punto di vista del contenuto di fondo del vizio sub 5a (aspetto finanziario e di solidità patrimoniale della contro interessata; prospettive di piano finanziario e di riscontri economici proposti) pare evidente – pur senza entrare nel merito per quanto già delimitato in ordine alla portata assorbente di una decisione sui rilievi 5b e 5c - come tutto ciò non possa essere raffrontato ad una richiesta del lontano 1998 per nulla proiettata previsionalmente verso il futuro, generica, superficiale e che risale a più di quasi quindici anni indietro.

17.1 - Ed invero, anche sotto tali specifici aspetti temporali, appare del tutto fuori luogo pretendere che il relativo contenuto minimale della medesima sia funzionalmente tale da poter essere utile aggancio per affermare la legittimità di un affidamento diretto certificando e giustificando il primo solo a posteriori e a distanza di quasi 15 anni e solo per il tramite l’atto qui impugnato.

17.2 – Va anche osservato che la detta domanda è qualificata come unica nell’atto concessorio; tuttavia essa è tale solo perché è stato fatto in modo che restasse la sola presentabile (o presentata).

18 – Inoltre, ove si intendesse diversamente, il Collegio osserva che, in tale diverso modo, si finirebbe coll’obliterare lo scopo proprio dell’art. 101 del trattato CE, lo stesso obiettivo di settore specifico, le stesse direttive che presidiano l’obbligo di procedere con gare pubbliche anche nell’agire concessorio. D’altra parte tale principio è da moltissimo tempo presente come regola interna propria di livello nazionale: e non solo ad opera del Diritto comunitario (v. anche le ultimissime determinazioni del Consiglio Europeo in tema di concessioni pubbliche). Di talchè, ove si ritenesse il contrario ed anche al là di ciò, si porrebbero, comunque, non minimali dubbi di legittimità costituzionale (artt. 3, 10, 97 e 117) (principio storico dei cd. “pubblici incanti”).

19 – Inoltre il detto dec. lg.vo 96/05, se interpretato al modo strumentale e trascinate voluto dalle parti convenute e dalla parte controinteressata, consentirebbe al legislatore nazionale di dar luogo ad un periodo transitorio di affidamento senza gare pubbliche – come detto - di lunghissima durata. E quest'ultimo non sarebbe perciò più considerabile come transitorio poiché esso sarebbe tale, quanto a durata, da annichilire ultrattivamente lo scopo utile proprio delle normative comunitarie di specie, presenti da tempo anche nel settore in discorso e tese a disciplinare la libera concorrenza dinamica del relativo mercato: certamente questo rilevante.

20 – Né il Collegio riesce ad intravedere quale sia la particolare utilità oggettiva e di interesse pubblico che sia continuamente ribadibile nel tempo e tale da, via via, consentire al legislatore di derogare a norme primarie e così fungente come ragione giustificatrice speciale talmente forte da essere ripetibile pressoché sine die (v. per utili spunti CdS 4934/013).

21 – A supporto di quella specifica norma (pur definita comunitaria) che si vuole appunto come eccezione allo svolgimento di una gara pubblica, si sostiene poi dalle parti avverse a SACBO la ineludibile necessità che in tal modo si darebbe luogo legittimo – proprio al modo qui contestato da quest'ultima – ad una definizione intorno alla certezza di non ben identificati rapporti giuridici.

21.1 – Al riguardo e tuttavia si rammenta che i detti richiamati rapporti giuridici, o sono quelli pregressi, i quali sono venuti ad esistenza e si sono sviluppati nel passato, nell'ambito di uno scenario ben diverso, per sua natura precario, transitorio e limitato e di cui anche la controinteressata era ben consapevole sin dall'origine, o questi stessi sono solo quelli futuri.

21.2 – Ma questi ultimi sono quelli definiti nella convenzione annessa all'atto concessorio qui impugnato e riguardano tutti assestamenti de futuro pur anche sotto il profilo economico finanziario e pur con riguardo ad un recupero di denaro, a cessazione del periodo di durata della concessione, là ove non sia soddisfatto il ciclo di ammortamento del capitale impiegato per investimenti sol programmati e non già intervenuti nel passato (v. quanto richiamato in precedenza quanto ad utilità economico-finanziarie; art. 10 convenzione).

21.3 – Di modo che non si può che concludere che il richiamo strumentale ad una simile parafrasata eccezione al dato comunitario generale è del tutto fuori luogo poiché non serve a validare un affidamento diretto senza gara. Ed invero nessun altrimenti diverso affidamento, nemmeno sotto il profilo definitorio di tal tipo, poteva venire alla luce dato che il passato non era ridefinibile per sua inizialmente ben nota natura e che il futuro è solo definito dalla detta nuova convenzione.

22 – Dato quanto concluso il Collegio non ritiene, nella presente fase di giudizio che gli pertiene, di dover affrontare eventuali discrepanze normative interne di specie rispetto ai dati normativi comunitari. Da ciò anche la non necessità di non applicare, ove anche ne ricorrano le condizioni, il dato normativo interno in discorso (peraltro esperibile sempre anche in via di amministrazione attiva). Né il Collegio stesso intende altrimenti necessario dar corso, almeno in questa sede propria di prime cure, ad una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia CE per altrimenti conoscere se le norme comunitarie che presiedono all'istituto della libera concorrenza dinamica siano di ostacolo ad una simile speciale procedura interna per un affidamento diretto via via sempre più, quanto all'allungamento della relativa durata procedimentale, reso

sproporzionalmente ultrattivo nel tempo, sino ad impingere più volte, in modo ormai ingiustificato, sulle dette regole generali.

23 – Quanto, infine, alla domanda di declaratoria di inefficacia della ultima convenzione, il Collegio è del parere di non poterla accogliere. Infatti una simile conclusione finirebbe coll'andare aldilà della richieste di SACBO sotto il profilo demolitorio e di annullamento e cioè oltre il limite utile per togliere di mezzo, temporaneamente, la società controinteressata e poi per dar luogo ad una gara pubblica.

Ed invero SACBO, nei limiti del già concluso in termini demolitori, ha già ottenuto integralmente tutto ciò che le serve. Mentre, andando oltre, si finirebbe solo col far sospendere un servizio pubblico essenziale, senza che lo stesso possa poi essere ripreso senza altrimenti soluzione di continuità. Ciò aldilà del fatto che, nella specie, si è qui dissertato su una vicenda di carattere strettamente concessorio a cui non si riconnettono contratti a prestazioni corrispettive.

24 – E dunque ed in conclusione il ricorso si appalesa fondato nei termini assorbenti di cui sopra.

25 – Le spese di lite possono compensarsi data la particolarità della vicenda e alla luce del commendevole impegno professionale delle difese delle parti tutte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione staccata di Brescia – definitivamente decidendo – accoglie il ricorso, e, per l'effetto, annulla l'atto concessorio; respinge la domanda di declaratoria di inefficacia della annessa convenzione di gestione.

Ordina alle autorità pubbliche convenute di dar luogo – senza indugio - ad una gara pubblica secondo le regole comunitario-nazionali.

Le spese di lite sono compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Petruzzelli, Presidente

Mario Mosconi, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2014