



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9782/2003, proposto da ASTALDI s.p.a., in proprio
e in qualità di mandataria della a.ti. costituita con la APCOA PARKING
ITALIA s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dagli avvocati Gerardo Romano Cesareo, Francesco Romano
Cesareo, Marco Annoni, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di
quest'ultimo, in Roma, via Udine, n. 6;

contro

SEAP (società esercizio aeroporti di Puglia) s.p.a., in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Emilio Toma,
Nicola Brunetti, Raffaele Ferola, ed elettivamente domiciliata presso lo
studio di quest'ultimo, in Roma, via Barnaba Oriani, n. 85;

e nei confronti di

ENAC (ente nazionale dell'aviazione civile), in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, e per legge domiciliato presso gli uffici di quest'ultima, in
Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia – Bari, sez. I, 7 maggio 2003, n.

N.2/05

Reg.Dec.

N. 9782 Reg.Ric.

ANNO 2003

Disp.vo 489/2004

1912, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della società appellata e dell'ENAC;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

vista la propria ordinanza 11 novembre 2003, n. 4963, con cui è stata respinta la domanda di sospensione della sentenza gravata;

visti tutti gli atti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 19 novembre 2004 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi l'avvocato Annoni per l'appellante, l'avvocato Ferola e l'avvocato Napolitano (su delega dell'avv. Toma) per l'appellata, l'avvocato dello Stato A. Vessichelli (quest'ultimo limitatamente alle c.d. preliminari) per l'ENAC;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. La Società Esercizio Aeroporti Puglia (SEAP) s.p.a., già concessionaria di gestione aeroportuale in regime precario (tra l'altro) dell'aeroporto di Bari-Palese, chiedeva con nota del 21 aprile 1997 autorizzazione all'occupazione e all'uso anticipato dei beni demaniali del sedime aeroportuale, ai sensi dell'art. 17 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella l. 23 marzo 1997, n. 135, e, in relazione alle previsioni dell'art. 7 del d.m. 12 novembre 1997, n. 521 (attuativo delle previsioni dell'art. 10, comma 13, l. 24 dicembre 1993, n. 537).

Con successiva domanda integrativa del 19 gennaio 1999, n. 0071, sempre ai sensi del predetto art. 7, corredata da programma d'intervento, comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico finanziario, come ivi pure prescritti, chiedeva l'affidamento in concessione della gestione totale degli aeroporti di Bari-Palese, Brindisi, Foggia - Gino Lisa e Grottaglie.

Nel programma d'intervento era prevista, tra l'altro, nell'ambito delle attività commerciali connesse alla gestione aeroportuale in senso proprio, la realizzazione di un parcheggio multipiano a pagamento nell'aeroporto di Bari-Palese per complessivi 700 posti auto, da realizzare in autofinanziamento ma con contributo statale a pareggio.

Il relativo progetto veniva approvato dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile - E.N.A.C., con nota 2 agosto 1999, n. 202381.

1.1. Con convenzione sottoscritta il 25 gennaio 2002 l'E.N.A.C. affidava alla S.E.A.P. la gestione totale degli aeroporti di Bari-Palese, Brindisi, Foggia - Gino Lisa e Grottaglie, ma, in attuazione della direttiva n. 141-T del 30 novembre 2000 del Ministro dei trasporti e della navigazione, ne determinava una durata provvisoria «...non superiore al triennio...», in conformità della delibera del C.d.A. dell'E.N.A.C. del 26 aprile 2001 «...stabilendo altresì che la durata definitiva del periodo di affidamento sarà determinata all'esito della valutazione del programma d'intervento, comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico finanziario presentato dalla società richiedente».

La medesima convenzione, all'art. 3, comma 3, pur consentendo l'affidamento in subconcessione di aree e locali da destinare ad attività

aeronautiche (previa autorizzazione dell'E.N.A.C.) o «...alle altre attività intendendosi come esempio le attività commerciali, la logistica e quelle finalizzate alla somministrazione di utenze e servizi ad enti pubblici e privati...» (previa comunicazione scritta all'E.N.A.C.), stabiliva che «i rapporti di subconcessione...non possono avere durata superiore a quella della concessione...».

1.2. Con bando di gara, pubblicato sulla G.U. del 17 febbraio 2000, intanto, la S.E.A.P. aveva indetto licitazione privata per l'affidamento di subconcessione di costruzione e gestione, per la durata di anni venti, del parcheggio multipiano nell'aeroporto di Bari-Palese, per importo stimato di €9.305.501.609,00, pari a £. 18.017.963.601, oltre ad €382.178,105, pari a £. 740.000.000, per oneri di sicurezza, da realizzare con finanziamento integrale a carico dell'aggiudicatario; il bando e la lettera d'invito indicavano quale criterio unico di aggiudicazione l'offerta di miglior percentuale sugli introiti della gestione con minimo garantito di £. 600.000.000 annui.

Alla gara partecipavano due sole associazioni temporanee d'impresa (costituende), tra cui quella odierna appellante, che risultava aggiudicataria avendo offerto la miglior percentuale sul ricavato lordo della gestione, nella seduta del seggio di gara del 28 aprile 2000.

Con atto sottoscritto l'8 novembre 2000 la S.E.A.P. s.p.a. affidava in subconcessione alla Palese Park S.r.l., «...che subentra nel rapporto di concessione ai sensi del primo comma del citato art. 37 quinquies Legge 109/1994 nel testo vigente>>>, la costruzione e gestione del parcheggio multipiano, per la durata di venti anni «...senza alcuna possibilità di

proroga>>, decorrenti «...dalla data dell'entrata in esercizio della nuova aerostazione passeggeri», di cui era stata pure prevista e avviata la realizzazione.

La S.E.A.P. richiedeva quindi al subconcessionario la rielaborazione del progetto esecutivo dell'intervento, finalizzato anche all'aumento dei posti auto a 1146.

1.3. Dopo varie vicende, e non essendo mai state consegnate le aree ed avviati i lavori, con nota 22 marzo 2002, n. 1091 la S.E.A.P. comunicava alle tre società l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara; e, acquisite le osservazioni presentate dalle interessate il 22 aprile e il 14 maggio 2002, adottava il provvedimento 20 giugno 2002, n. 2549.

Con quest'ultimo, in particolare, la S.E.A.P. stabiliva di:

- «annullare gli atti di gara in oggetto ivi inclusa l'aggiudicazione...>>;
- «dichiarare per l'effetto nullo e comunque caducato il contratto 8 novembre 2000»;
- « dichiarare comunque nullo detto contratto per mancanza di presupposti essenziali di legge»;
- «riconoscere...(alle tre società)...ciascuna per propria parte, il rimborso delle spese fino ad oggi sostenute con riferimento alla gara e al contratto in oggetto, e di liquidare il corrispondente importo previa presentazione della relativa documentazione probatoria».

La motivazione del provvedimento di ritiro degli atti di gara si fondava su:

- violazione delle disposizioni legislative e regolamentari in tema di concessione di costruzione e gestione (art. 19 comma 2 bis, e art. 21, l. n. 109 del 1994; artt. 84 e 87 d.P.R. n. 554 del 1999), imperative e cogenti (dove anche il richiamo agli artt. 1325 e 1418 cod. civ.), da parte degli atti di gara, sia in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione (che avrebbe dovuto coincidere con l'offerta economicamente più vantaggiosa) sia alla mancata richiesta e valutazione di piano economico e finanziario dell'investimento, da considerare quale componente essenziale dell'offerta e del contratto;
- previsione di una durata ventennale della gestione «...di gran lunga superiore al periodo per il quale la SEAP è concessionaria dell'ENAC/Ministero dei Trasporti e della Navigazione», con conseguente nullità della convenzione «...anche in relazione agli artt. 1418 e 1346 del codice civile».

1.4. La società odierna appellante, in proprio e quale rappresentante dell'a.t.i. indicata in epigrafe, nonché la società Palese Park S.r.l., costituita tra le due società raggruppate nell'a.t.i., impugnavano davanti al T.a.r. per la Puglia – Bari, il suddetto provvedimento della S.E.A.P. s.p.a. 20 giugno 2002, n. 2549. Chiedevano altresì l'accertamento del proprio diritto al risarcimento dei danni cagionati dal provvedimento impugnato, anche mediante reintegrazione in forma specifica con prosecuzione del rapporto nonché con riconoscimento del danno da ritardo con sentenza generica, o in subordine del risarcimento dei danni per equivalente con condanna generica della S.E.A.P. s.p.a., nell'uno e nell'altro caso con liquidazione in separato giudizio, e in ulteriore subordine con condanna generica della S.E.A.P.

s.p.a. al rimborso dei costi relativi alla gara, alla costituzione dell'A.T.I. e della società Palese Parking S.r.l., alla nuova progettazione dell'opera, alle altre spese accessorie e alla perdita dell'utile.

Lamentavano, in sintesi che:

- vi sarebbe violazione dell'art. 2, comma 2, lett. b) e comma 3, l. n. 109 del 1994, sotto il profilo che l'art. 19, comma 2 bis, della medesima legge, laddove prescrive nelle concessioni di lavori, che il contratto contenga il piano economico – finanziario, sarebbe inapplicabile al caso di specie perché la SEAP non sarebbe concessionaria di lavori pubblici, bensì concessionaria di esercizio di infrastrutture aeroportuali che opera in virtù di diritti speciali o esclusivi, e quindi operante in sfera disciplinata dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158; per le stesse ragioni, non potrebbe trovare applicazione neppure il metodo di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 21, l. n. 109 del 1994);
- sulla subconcessione di costruzione e gestione sarebbe in ogni caso intervenuta approvazione dell'E.N.A.C;
- non sussisterebbe né sarebbe stato evidenziato uno specifico interesse pubblico all'annullamento degli atti di gara;
- la S.E.A.P. sarebbe incorsa in eccesso di potere, perché sarebbe irrilevante la durata originaria (triennale) della concessione di gestione parziale aeroportuale, di cui è titolare la S.E.A.P., sia per l'esistenza di atti autorizzativi alla subconcessione da parte dell'E.N.A.C., sia per l'intervenuta approvazione del piano di sviluppo dell'aeroporto comprensivo del parcheggio, sia per la pendenza del procedimento, in corso di definizione, inteso alla stipulazione della convenzione per l'affidamento

della gestione totale, chiesta dalla S.E.A.P. per il periodo massimo consentito quarantennale, che coprirebbe la durata ventennale della subconcessione;

- il provvedimento sarebbe viziato da eccesso di potere per sviamento, in quanto sarebbe ispirato dal fine sviato di «liberarsi» della subconcessione, anche il relazione al rilievo ivi contenuto relativo alla «...scarsa remuneratività del contratto in esame», per far luogo eventualmente al solo appalto dei lavori e con riserva della gestione diretta in capo alla S.E.A.P., forse anche al fine di aumentare il valore della società di gestione aeroportuale in fase di privatizzazione, e senza tacere che lo slittamento dei tempi di consegna delle aree e la mancata cantierizzazione sarebbe dipesa da fatti estranei alla subconcessionaria (il ritardo nella realizzazione della nuova aerostazione passeggeri), senza che possa fondatamente ipotizzarsi il conseguimento, attraverso nuova gara di appalto, di risultati economici più favorevoli rispetto a quelli già cospicui assicurati dalla subconcessione (con introiti pari a 300.000,00 € annui e con finanziamento integrale dell'opera a carico della subconcessionaria), laddove è incerto se e di quali risorse finanziarie la S.E.A.P. disporrà per realizzare la struttura.

1.5. Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe, ha respinto il ricorso, osservando che:

- la costruzione del parcheggio multipiano in ambito aeroportuale non ricadrebbe nell'ambito applicativo del d.lgs. n. 158 del 1995, bensì nell'ambito dell'art. 2, comma 3, l. n. 109 del 1994 (nel testo vigente all'epoca dell'appalto), con la conseguenza che, nella specie, il

concessionario di infrastruttura aeroportuale (SEAP s.p.a.) sarebbe stato tenuto all'osservanza sia dell'art. 19 che dell'art. 21, l. n. 109 del 1994);

- in ogni caso, il bando avrebbe dichiarato applicabile l'intera l. n. 109 del 1994;

- sussisterebbe l'interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento degli atti di gara, al fine di rimuovere gravi illegittimità che avrebbero impedito una ottimale selezione dei contraenti;

- non vi sarebbe stata alcuna autorizzazione dell'ENAC per giustificare la durata ventennale della subconcessione per la gestione del parcheggio, più lunga rispetto alla durata della concessione aeroportuale.

2. Avverso la sentenza ha proposto appello la ASTALDI s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria della a.ti. costituita con la APCOA PARKING ITALIA s.p.a.

Ripropono le censure e richieste di cui al ricorso di primo grado, muovendo motivate critiche alla sentenza gravata.

2.1. Con il **primo motivo di appello** si lamenta che non sussisterebbe un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, e che, in concreto, tale interesse avrebbe finito con il coincidere con l'interesse economico della stazione appaltante.

La realizzazione del parcheggio sarebbe infatti una iniziativa meramente commerciale della società che gestisce l'aeroporto, sicché un mero interesse imprenditoriale di SEAP non potrebbe essere elevato a interesse pubblico che giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione.

Inoltre nessun soggetto terzo avrebbe mai contestato a SEAP l'illegittimità dell'aggiudicazione, né altri concorrenti né ENAC.

2.2. Con il **secondo motivo di appello** si lamenta che non sussisterebbero le illegittimità riscontrate dal provvedimento di autotutela e, in particolare, l'aggiudicazione non sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 19, l. n. 109 del 1994 e degli artt. 87 e ss., d.P.R. n. 554 del 1999.

Erroneamente il T.a.r. avrebbe ritenuto applicabile l'intera l. n. 109 del 1994 sulla base del bando di gara, perché quest'ultimo non richiamerebbe l'intera l. n. 109 del 1994 ma singole norme di essa.

Erroneamente, inoltre, il T.a.r. avrebbe ritenuto applicabile il regolamento n. 554 del 1999, che non era ancora entrato in vigore all'epoca (febbraio 2000) di pubblicazione del bando di gara.

Erronea sarebbe altresì l'interpretazione che il T.a.r. ha dato dell'art. 2, co. 3, l. n. 109 del 1994: tale norma andrebbe intesa nel senso che i soggetti operanti nei settori esclusi non sono tenuti all'osservanza né dell'art. 19 della l. n. 109 del 1994, né delle disposizioni regolamentari relative ad esecuzione, contabilità e collaudo dei lavori, come si desumerebbe dall'inciso <<altresì>>.

Ne conseguirebbe che per l'affidamento per cui è processo non sarebbe stato necessario il piano economico finanziario, e neppure la selezione dell'offerta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ove si consideri che secondo il diritto comunitario spetta alle stazioni appaltanti scegliere liberamente tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.3. Con il **terzo motivo di appello** si lamenta che la durata ventennale della subconcessione non sarebbe illegittima, in quanto, se è vero che in astratto la concessione aeroportuale aveva in origine una durata

inferiore, è anche vero che se ne prevedeva una proroga, che effettivamente è poi intervenuta. Tutte le concessioni, all'epoca, erano in regime precario, e dunque, sarebbero state di durata indeterminata, il che avrebbe giustificato pienamente la previsione di una subconcessione ventennale.

ENAC a sua volta avrebbe autorizzato la gara, in via preventiva, e poi l'affidamento della subconcessione, in via successiva.

Errerebbe il T.a.r. a ritenere illegittimi tali provvedimenti di ENAC, atteso che né SEAP li ha mai impugnati, né alcuna parte ne ha mai contestato la legittimità.

Sarebbe altresì irrilevante che il nulla osta preventivo di ENAC del 20 gennaio 2000 stabilisce che la durata della gestione del parcheggio da parte della subconcessionaria non potrà essere superiore alla durata della concessione per la gestione totale dell'aeroporto: ciò in quanto tale atto è stato emanato con la consapevolezza che era in corso la procedura per la concessione della gestione totale, di durata ultraventennale. Inoltre il successivo atto dell'ENAC 2 giugno 2000, laddove autorizza la subconcessione <<alle condizioni comunicate>> avrebbe inteso assentire alla subconcessione ventennale, privando di effetti il precedente provvedimento del 20 gennaio 2000.

Nè rileverebbe che la sopravvenuta convenzione di gestione totale aveva una durata provvisoriamente determinata in tre anni, perché con successivo decreto 6 marzo 2003, n. 4269, la durata della concessione di gestione totale in capo a SEAP è stata fissata in quaranta anni, cioè in un periodo tale da coprire la durata ventennale della subconcessione.

3. L'appello è fondato per quanto di ragione.

3.1. Giova, in diritto, premettere il quadro normativo in cui si è trovata ad operare la SEAP s.p.a., sia per quanto riguarda il regime delle concessioni e subconcessioni aeroportuali, sia per quanto riguarda la disciplina applicabile agli appalti di lavori indetti dalla società concessionaria di aeroporti.

Prima della riforma attuata con la normativa degli anni 1993 – 1997, le concessioni aeroportuali potevano prevedere o un regime di gestione totale, (che comportava l'affidamento ad un unico soggetto giuridico di tutte le attività attinenti al traffico aereo, dall'esecuzione delle opere e dei lavori di manutenzione delle infrastrutture (piste, bretelle, piazzali, aerostazione, vie d'accesso, etc.), ai servizi accessori e a quelli commerciali (ristorazione, parcheggi, etc.) ai c.d. servizi di handling, ovvero di assistenza a terra relativi al movimento di aeromobili, passeggeri, merci, imbarco, sbarco, posta, catering, etc.), o un regime di gestione parziale, che non ricomprende le infrastrutture destinate al volo ma solo le aerostazioni e loro pertinenze.

Ruolo residuale rivestiva la gestione diretta a cura dell'amministrazione dell'aviazione civile nella quale l'assistenza a terra era assicurata dalle stesse compagnie di navigazione aerea.

Nella trasformazione del settore aeroportuale, sulla spinta della disciplina comunitaria, assume importanza fondamentale l'art. 10, l. 24 dicembre 1993, n. 537, che ai commi 12 e 13 ha previsto testualmente:

«Entro l'anno 1995, il regime dei servizi aeroportuali di assistenza a terra è determinato sulla base delle normative comunitarie, avendo riguardo alla tutela dell'economicità delle gestioni e dei livelli occupazionali»;

«Entro l'anno 1994, sono costituite apposite società di capitale per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato. Alle predette società possono partecipare anche le regioni e gli enti locali interessati. Con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro del tesoro, sono stabiliti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, i criteri per l'attuazione del presente comma, sulla base dei principi di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, della legge 23 dicembre 1992, n. 498».

In prosieguo, con d.l. 28 giugno 1995, n. 251, convertito nella l. 3 agosto 1995, n. 351, come ulteriormente modificato dall'art. 2, comma 191, l. 23 dicembre 1996, n. 662, il termine previsto per la costituzione delle nuove società di gestione aeroportuale fu prorogato al 30 giugno 1996.

Lo stesso decreto poi introdusse ulteriori importanti disposizioni integrative delle previsioni dell'art. 10 della legge n. 537 del 1993, disponendo ai commi di seguito riportati che:

- «1-bis. A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono abrogate le norme che prescrivono la partecipazione maggioritaria dello Stato, degli enti pubblici, dell'IRI, delle regioni e degli enti locali nelle società di gestione aeroportuale. Dalla medesima data cessa ogni obbligo di destinazione degli utili delle società di gestione aeroportuale, previsto da disposizioni vigenti»;
- «1-ter. Alle dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di gestione aeroportuale si applicano le disposizioni di cui al decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474»;

- «1-quater. L'affidamento in concessione della gestione alle società di cui all'articolo 10, comma 13, l. 24 dicembre 1993, n. 537, è effettuato con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici, sulla base di un programma di intervento presentato dalla società di gestione, corredato dal relativo piano economico-finanziario. La durata della concessione può superare i limiti temporali di cui all'articolo 694 del codice della navigazione, in relazione al piano degli investimenti presentato ai sensi del comma 2 del presente articolo, fino ad un limite massimo di quaranta anni»;

- «1-quinquies. L'affidamento in concessione della gestione alle società di cui all'articolo 10, comma 13, l. 24 dicembre 1993, n. 537, è subordinato alla verifica da parte del Ministro dei trasporti e della navigazione del rispetto, per il periodo di tre anni successivi all'affidamento in concessione della gestione, delle seguenti condizioni:

- a) assunzione da parte della concessionaria del personale già dipendente dal precedente gestore;
- b) applicazione da parte della concessionaria stessa del contratto collettivo nazionale di lavoro aeroportuale ovvero, qualora ne ricorrano i presupposti, del contratto collettivo per i servizi accessori, anche sulla base delle disposizioni di cui al comma 12 dell'articolo 10 della legge 24 dicembre 1993, n. 537».

In prosieguo, col d.lgs. 25 luglio 1997, n. 250, recante "Istituzione dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.)", come ente pubblico non economico, è stato previsto (art. 2) che ad esso fossero devolute tutte le competenze amministrative e tecniche già attribuite alla Direzione generale

dell'aviazione civile (D.G.A.C.), al Registro aeronautico italiano (R.A.I.) ed all'Ente nazionale della gente dell'aria (E.N.G.A.), tra cui (art. 2 comma 1 lett. g) anche la regolamentazione, esame e valutazione dei piani regolatori aeroportuali, dei programmi di intervento e dei piani di investimento aeroportuale.

Stabilito (art. 3) che i rapporti tra Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro del tesoro e, per quanto di competenza, con il Ministro della difesa, ed E.N.A.C. fossero regolati da apposito "contratto di programma" di cadenza triennale, e definiti i contenuti dello statuto dell'ente (art. 6), l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 250 del 1997 ha previsto che:

<<Con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro e delle finanze, vengono assegnati all'E.N.A.C., in uso gratuito, i beni del demanio aeroportuale per il successivo affidamento dei beni medesimi, secondo i criteri previsti e disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537. Per l'utilizzo degli aeroporti militari aperti al traffico civile, il decreto è adottato di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e della difesa>>.

Tali beni, ai sensi dell'art. 14 d.m. 3 giugno 1999 (recante l'approvazione dello Statuto dell'E.N.A.C.) costituiscono, tra gli altri, il patrimonio dell'Ente, la cui assegnazione alle società di gestione, rientrando tra i provvedimenti concernenti il demanio e il patrimonio immobiliare, compete al Consiglio di Amministrazione dell'Ente (art. 5 comma 1 lettera n) dello Statuto).

Con il d.m. 12 novembre 1997, n. 521, emanato in attuazione della previsione dell'art. 10, comma 13, l. n. 537 del 1997, è stata dettata la specifica disciplina relativa alla costituzione delle società di gestione aeroportuale e alle modalità di affidamento in concessione della gestione totale.

Quanto alle prime è stato stabilito (**art. 2**) che esse assumano forma di società di capitale di diritto comune, con possibilità di assumerne la qualità di soci, anche non maggioritari, riconosciuta a regioni, province, comuni ed altri enti locali nonché camere di commercio, industria ed artigianato, con scelta del socio privato da effettuare con procedure di evidenza pubblica mediante confronto concorrenziale nei modi di cui al d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 (recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali), con capitale differenziato (art. 3) in base alle unità di traffico globale calcolate su base annua, espresse in Work-load-units (WLU).

Quanto all'affidamento in concessione della gestione totale, l'art. 7 del d.m. n. 521 del 1997 ha testualmente disposto che:

<<L'affidamento in concessione della gestione totale aeroportuale alle società di capitale di cui al precedente articolo 6 è effettuato con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, della difesa, 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 domanda corredata da un programma di intervento, comprensivo del piano

degli investimenti e del piano economico-finanziario, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 251, come modificato dalla legge di conversione 3 agosto 1995, n. 351>> (comma 1).

<<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 di quaranta, in relazione alle valutazioni formulate con riferimento ai contenuti del programma di intervento di cui al comma 1>> (comma 2).

<<L'affidamento in concessione delle gestioni totali aeroportuali alle società di capitale richiedenti è subordinato alla sottoscrizione:

- a) della convenzione da predisporre secondo le indicazioni contenute nel disciplinare tipo di cui al successivo articolo 17, comma 1;
- b) del contratto di programma da predisporre secondo i contenuti di cui alla delibera CIPE 24 aprile 1996, recante linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità>> (comma 3).

La concessione, secondo quanto specificato dal successivo art. 9, ha ad oggetto <<...la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali, comprensivi dei beni demaniali costituenti il sistema aeroportuale>> nonché l'esercizio <<...(de)i servizi e le attività di assistenza a terra nei limiti specificati nella convenzione e secondo la normativa vigente, a condizione che i risultati di esercizio di tale attività siano separatamente evidenziati nei bilanci e in tutti i documenti contabili>>.

In attuazione della disposizione dell'art. 17, d.m. n. 521 del 1997 è stata emanata la circolare 16 ottobre 1998 n. 13775AC, sostituita poi dalla circolare 20 ottobre 1999 n. 12479AC, in relazione all'adeguamento del Ministero ad alcuni rilievi della Corte dei Conti, recante lo schema di convenzione tipo per l'affidamento in concessione della gestione totale (all. 1), il disciplinare tipo per la predisposizione del contratto di programma (all. 2), lo schema di programma d'intervento (all. 3, con sette tabelle), lo schema del piano di investimento (all. 4, con due schede), lo schema di piano economico e finanziario (all. 5, con tre schede).

Giova ricordare, però, che l'art. 17, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni nella legge 23 maggio 1997, n. 135 aveva disposto che:

<<In attesa dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, il Ministro dei trasporti e della navigazione può autorizzare, su richiesta, i soggetti titolari di gestioni parziali aeroportuali, anche in regime precario, all'occupazione ed all'uso dei beni demaniali rientranti nel sedime aeroportuale, vincolando la destinazione dei diritti percepiti a norma del comma 2 agli interventi indifferibili ed urgenti necessari alle attività di manutenzione ordinaria e straordinaria delle infrastrutture aeroportuali, nonché all'attività di gestione aeroportuale>> (comma 1).

<<L'autorizzazione di cui al comma 1 produce gli effetti della convenzione prevista dall'articolo 6, terzo e quarto comma, della legge 5 maggio 1976, n. 324 (ovvero consente agli enti concessionari di gestione parziale di incassare le tasse di imbarco e sbarco sulle merci trasportate per via aerea e,

per le società già titolari di gestione totale negli aeroporti di Milano, Roma, Genova, Torino e Venezia, i vari diritti aeroportuali: N.d.E.) e costituisce titolo per introitare, relativamente ai nuovi utilizzi, i diritti di cui all'articolo 1, lettera a), della citata legge n. 324 del 1976, come determinati dall'articolo 7, secondo comma, della medesima legge (ovvero i diritti di approdo, partenza, sosta e ricovero per gli aeromobili e i diritti di imbarco per i passeggeri: N.d.E.)>> (comma 2).

<<I soggetti autorizzati sono obbligati a corrispondere una cauzione per l'anticipata occupazione dei beni demaniali pari al dieci per cento dei diritti aeroportuali complessivamente introitati, da versare mensilmente secondo le previsioni di cui all'art. 7 della l. 22 agosto 1985, n. 449>> (comma 3).

<<Il mancato affidamento, secondo la normativa vigente, della gestione totale aeroportuale ai soggetti autorizzati ai sensi del comma 1 determina la decadenza della provvisoria occupazione con obbligo di restituzione di quanto percepito a norma del comma 2, con l'esclusione delle spese documentate per la gestione delle infrastrutture aeroportuali utilizzate nel periodo della provvisoria detenzione e per le migliorie apportate>> (comma 4).

Deve rammentarsi che per i soggetti titolari di gestioni parziali “anche in regime di precariato” che si fossero avvalse della facoltà di richiedere l'occupazione e uso provvisorio del sedime aeroportuale (anticipato ovviamente rispetto a quella conseguente all'affidamento della gestione totale) l'art. 6 del d.m. n. 521 del 1997 fissava termine di sei mesi per l'adeguamento alle disposizioni relative alle nuove società di gestione, come disciplinate negli articoli dianzi richiamati del medesimo regolamento.

3.2. Quanto alla disciplina applicabile in materia di appalti e concessioni affidate da soggetti pubblici operanti nei settori c.d. esclusi di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, giova rammentare che:

- le disposizioni del d.lgs. n. 158 del 1995 trovano applicazione, in generale, secondo l'art. 1 della normativa, agli appalti di lavori, forniture e servizi definiti dall'art. 7 (quanto alla tipologia) e 9 (quanto al valore) aggiudicati da amministrazioni pubbliche, imprese pubbliche o anche soggetti privati che si avvalgano di "diritti speciali o esclusivi" nell'esercizio delle attività definite agli artt. 3 (settore acqua, energia elettrica, gas, energia termica), 4 (sfruttamento di area geografica intesa come ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi o gassosi, carbone e altri combustibili solidi), 5 (gestione di reti di trasporto per ferrovia, sistemi automatici, tramvia, filovia o autobus, messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, di porti marittimi o interni, nonché di altri impianti terminali di trasporto) e 6 (telecomunicazioni come messa a disposizione o gestione di reti pubbliche di telecomunicazione o prestazione di uno o più servizi pubblici di telecomunicazione);

- ai sensi dell'art. 7 comma 1 lettera a) rientrano negli appalti disciplinati dal d.lgs. n. 158 del 1995 <<gli appalti che hanno ad oggetto l'esecuzione, eventualmente congiunta alla progettazione, oppure la realizzazione, con qualsiasi mezzo, dei lavori di edilizia o di genio civile di cui all'allegato XI, comprese le forniture e i servizi necessari alla loro esecuzione>>;

- peraltro, ai sensi del successivo art. 8, comma, 1 lettera a) e comma 6, le disposizioni del d.lgs. n. 158 del 1995 non si applicano, rispettivamente, né <<agli appalti che i soggetti aggiudicatori assegnano per il conseguimento

di scopi diversi dall'esercizio di proprie attività rientranti nei settori di cui agli articoli da 3 a 6>>, né <<agli appalti di lavori che non siano strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori di cui agli articoli da 3 a 6, o che pure essendo funzionali a detti scopi, riguardino opere il cui contenuto specialistico e tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie dei settori di cui agli articoli da 3 a 6, individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con i ministri competenti, (cui) si applicano, per gli aspetti regolati dal presente decreto, le norme vigenti>>, ovvero la disciplina generale degli appalti di lavori pubblici;

- la portata della norma primaria è chiarita dall'art. 1, comma 2, del d.P.C.M. 5 agosto 1997 n. 517, che ha appunto individuato i suddetti lavori, tra i quali sono ricompresi, tra gli altri (art. 2 comma 1 lettera b) anche la realizzazione di edifici civili, industriali, monumentali completi di impianti e di opere connesse ed accessorie;

- l'art. 2, comma 2, lettera b), l. 11 febbraio 1994, n. 109, come sostituito dall'art. 1, l. 18 novembre 1998, n. 415 (nel testo vigente all'epoca dell'affidamento dell'appalto oggetto di ritiro), dichiara applicabili le norme della legge e del regolamento di esecuzione non solo <<ai concessionari di lavori pubblici, di cui all'articolo 19, comma 2, ai concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio...>> ma, per quanto qui interessa, anche <<...ai concessionari di servizi pubblici e ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, qualora operino in virtù di diritti speciali o esclusivi, per lo svolgimento di attività che riguardino i

lavori, di qualsiasi importo, individuati con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 8, comma 6, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e comunque i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente e appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella disciplina del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158>>;

- l'art. 2, comma 3, l. n. 109 del 1994, sempre nel testo sostituito dall'art. 1, l. n. 415 del 1998, e con esclusione dei concessionari di lavori pubblici, deroga all'applicazione della legge per i soggetti di cui all'art. 2 comma 2 lett. b) limitatamente agli artt. 7, 14, 19, commi 2 e 2-bis, 27, 32 e 33 e, quanto ai soggetti operanti nei settori di cui al d.lgs. n. 158 del 1995 esclude l'applicazione delle disposizioni del regolamento di esecuzione della legge ma limitatamente a quelle "relative all'esecuzione dei lavori, alla contabilità dei lavori e al collaudo dei lavori";

- l'art. 19 comma 2 riguarda, in specie, le concessioni di lavori pubblici <<aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica>>, mentre il comma 2 bis fissa tra l'altro la durata massima della concessione (non superiore a trenta anni) e stabilisce che <<Il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione>>.

4. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, deve ritenersi fondato l'appello.

Vanno anzitutto esaminati congiuntamente i primi due motivi di appello.

4.1. Il provvedimento gravato è motivato con riferimento a due profili:

a) la violazione delle disposizioni legislative e regolamentari in tema di concessione di costruzione e gestione (art. 19 comma 2 bis, art. 21 della legge n. 109 del 1994; artt. 84 e 87 del d.P.R. n. 554/1999), imperative e cogenti (dove anche il richiamo agli artt. 1325 e 1418 cod. civ.), da parte degli atti di gara, sia in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione (che avrebbe dovuto coincidere con l'offerta economicamente più vantaggiosa) sia alla mancata richiesta e valutazione di piano economico e finanziario dell'investimento, da considerare quale componente essenziale dell'offerta e del contratto;

b) la previsione di una durata ventennale della gestione «...di gran lunga superiore al periodo per il quale la SEAP è concessionaria dell'ENAC/Ministero dei Trasporti e della Navigazione», con conseguente nullità della convenzione «...anche in relazione agli artt. 1418 e 1346 del codice civile».

4.2. Parte appellante contesta l'applicabilità delle disposizioni della l. n. 109 del 1994 e del d.P.R. n. 554 del 1999, richiamando in particolare il disposto dell'art. 2, comma 3, l. n. 109 del 1994 (come sostituito dall'art. 1, l. n. 418 del 1998) circa l'esclusione dell'applicazione ai soggetti di cui all'art. 2 comma 2 lettera b) tra le altre, della disposizione dell'art. 19,

comma 2 (sui contenuti della concessione di costruzione) e 2 bis (circa l'esigenza di corredare l'offerta col piano economico-finanziario della gestione dell'opera da realizzarsi), e del regolamento.

4.3. La tesi di parte appellante va parzialmente condivisa.

4.3.1. Quanto al regolamento generale di attuazione della l. Merloni, effettivamente lo stesso non era applicabile alla procedura di affidamento oggetto di autotutela, *ratione temporis*, in quanto all'epoca di pubblicazione del bando di gara (febbraio 2000) non era ancora entrato in vigore il d.p.r. n. 554 del 1999 (pubblicato in gazzetta ufficiale solo nell'aprile 2000).

4.3.2. Quanto all'art. 2, comma 3, l. n. 109 del 1994, lo stesso, nel testo in vigore all'epoca del bando e dell'aggiudicazione, chiariva che i soggetti operanti nei settori esclusi non erano tenuti né all'osservanza dell'art. 19, commi 2 e 2 bis, e neppure, altresì, delle disposizioni regolamentari in materia di collaudo ed esecuzione dei lavori.

L'inciso <<altresì>>, che significa <<anche>>, sta a significare che i soggetti operanti nei settori esclusi erano svincolati dall'osservanza, oltre che delle norme regolamentari suddette, anche, tra l'altro, dell'art. 19, commi 2 e 2 bis.

Né si può ritenere che i lavori oggetto della procedura di affidamento rientrassero tra quelli di cui all'art. 8, co. 6, d.lgs. n. 158 del 1995, ossia lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali del soggetto operante nei settori esclusi (per desumerne la integrale applicazione della l. n. 109 del 1994), in quanto un parcheggio deve ritenersi essenziale e strumentale per la infrastruttura aeroportuale.

Sicché, nel testo della Merloni in vigore all'epoca dell'affidamento per cui è processo, formalmente i soggetti di cui al d.lgs. n. 158 del 1995 non erano tenuti ad osservare l'art. 19, commi 2 e 2 bis.

4.3.3. Si deve però ritenere che la esclusione dell'applicazione dell'art. 19, commi 2 e 2 bis, riguardi le modalità di affidamento della concessione e le caratteristiche di essa, ma non anche la non necessità del piano economico - finanziario.

Invero, in una concessione, contratto di durata, il piano economico - finanziario deve, di regola, ritenersi essenziale.

Tuttavia, nel caso specifico, in cui al momento dell'affidamento della subconcessione è mancato il piano economico finanziario, pur sussistendo un vizio di legittimità dell'affidamento, difettava un interesse pubblico concreto e attuale, in capo a SEAP, a invocare tale vizio a giustificazione del provvedimento di autotutela.

Invero, nel caso specifico tutti gli elementi della subconcessione sono stati predeterminati da SEAP; a quest'ultima, poi, spettava un compenso fisso annuale, a carico del subconcessionario.

Sicché, la sussistenza o meno del piano economico - finanziario, era, in concreto, per SEAP irrilevante, non essendo la stessa partecipe del rischio di impresa, gravante esclusivamente sul subconcessionario, e avendo in ogni caso la SEAP diritto al canone annuo prestabilito.

Pertanto, la mancanza del piano economico - finanziario costituiva, nel caso specifico, un vizio inidoneo a giustificare l'adozione del provvedimento di autotutela, per difetto di un interesse pubblico concreto e attuale.

4.3.4. Lo stesso dicasi quanto al preteso vizio di legittimità, ravvisato dal provvedimento di autotutela, che sarebbe consistito nell'aggiudicare con il criterio del prezzo più basso anziché con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, lo stesso non sussiste.

Ora, vero è che l'art. 21, l. n. 109 del 1994, nel testo all'epoca vigente, fosse applicabile anche in caso di appalti dei soggetti operanti nei settori esclusi.

E' vero anche che l'art. 21 imponeva di affidare le concessioni esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Va tuttavia osservato che il diritto comunitario non pone limiti alla scelta, rimessa alle stazioni appaltanti, tra i due criteri di selezione dell'offerta, e che sono piuttosto illegittime le norme interne, contenute nella l. n. 109 del 1994, che pretendono di imporre *ex ante* alle stazioni appaltanti, l'uno o l'altro criterio.

Così ha da ultimo ritenuto la Corte di giustizia condannando lo Stato italiano (C. Giustizia CE, sez. II, 7 ottobre 2004, C - 247/2002).

Dunque l'affidamento con il criterio del prezzo più basso, sebbene difforme dal diritto interno, era conforme al diritto comunitario.

Sicché, non si comprende quale fosse l'interesse pubblico concreto e attuale di SEAP a porre nel nulla una procedura conforme al diritto comunitario, ancorché si discostasse dal diritto interno, tanto più che, in presenza di un contrasto tra diritto comunitario e diritto interno, sussiste l'onere anche per le pubbliche amministrazioni, di dare prevalenza al primo con disapplicazione del secondo.

4.3.5. Neppure può condividersi la tesi, sostenuta dalla sentenza appellata, secondo cui sarebbe stato il bando di gara, in via di autolimitazione, a richiamare l'applicazione dell'intera l. n. 109 del 1994, in quanto nessuna previsione del bando contiene siffatto richiamo generale, mentre, al contrario, sono richiamate singole norme, tra cui non rientrano gli artt. 19, 20 e 21, nella parte di interesse per il presente giudizio.

4.3.6. Quanto infine all'argomento del provvedimento di autotutela, che fa leva sulla durata della subconcessione maggiore della durata della concessione, era perfettamente noto sia a SEAP che a ENAC che il regime delle concessioni di gestione totale era in corso di formalizzazione con una durata maggiore rispetto a quella della subconcessione. Tanto che ENAC approvò con atto del giugno 2000 la subconcessione, alle condizioni comunicate, ben consapevole della sua durata ventennale.

4.3.7. Conclusivamente sulla portata del provvedimento di autotutela, lo stesso è illegittimo perché si limita a fare leva su vizi di legittimità dell'aggiudicazione che o sono insussistenti, o sono tali da non determinare un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento. La stazione appaltante da un lato non aveva un reale interesse a rimuovere i pretesi vizi di legittimità, dall'altro non ha neppure adeguatamente tenuto in conto il lungo lasso di tempo trascorso tra aggiudicazione a atto di autotutela, e il conseguente affidamento ingenerato nell'aggiudicatario.

Si deve invero ribadire il consolidato principio secondo cui ai fini dell'adozione di un provvedimento di autotutela (nella specie, annullamento di aggiudicazione) non è sufficiente la sussistenza di vizi di legittimità del

provvedimento annullato, ma occorre un interesse pubblico concreto e attuale a rimuovere detti vizi.

5. L'accoglimento dell'appello impone l'annullamento del provvedimento di autotutela.

E' pertanto necessario provvedere sulla domanda di risarcimento del danno articolata in prime cure.

In quella sede si è chiesta la reintegrazione in forma specifica e il risarcimento del danno da ritardo; ovvero il risarcimento per equivalente, ovvero il riconoscimento di un indennizzo.

All'udienza odierna parte appellante ha dichiarato di non avere più interesse a conseguire la reintegrazione nel contratto di appalto, che nel frattempo è stato aggiudicato ad altra impresa.

Ha altresì dichiarato a verbale di chiarire la domanda di risarcimento nel senso di limitarla, in questa sede, ad una domanda di condanna sull'*an*, con riserva di chiedere il *quantum* in un separato giudizio.

5.1. La domanda di condanna generica al risarcimento va accolta.

Sussistono, infatti, gli elementi costitutivi dell'illecito della stazione appaltante:

- l'adozione di un provvedimento di autotutela illegittimo;
- la colpa, consistita nella non diligenza nella valutazione delle norme vigenti applicabili e nella valutazione di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento;
- il danno per l'aggiudicatario, che confidava ragionevolmente nell'esecuzione del contratto, ormai pervenuto alla stipulazione;
- il nesso di causalità tra condotta illecita colposa e il danno.

6. Nei sensi sopra esposti l'appello va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato in prime cure e condanna generica al risarcimento del danno.

6.1. La novità e complessità delle questioni giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite in relazione al presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto:

- annulla il provvedimento impugnato in prime cure;
- condanna la SEAP al risarcimento del danno, da liquidarsi in

separato giudizio;

compensa le spese di lite in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 19 novembre 2004 con la partecipazione di:

Claudio VARRONE	- Presidente
Sabino LUCE	- Consigliere
Carmine VOLPE	- Consigliere
Giuseppe MINICONE	- Consigliere
Rosanna DE NICTOLIS	- Cons. rel. ed est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria