

Publicato il 15/11/2019

N. 00554/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00388/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 388 del 2018, proposto da Xpress S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Giordano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II;

contro

Comune dell'Aquila, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Orsini, Raffaella Durante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Orsini in L'Aquila, via Avezzano n. 11;

per l'annullamento

previa adozione di misure cautelare, del provvedimento definitivo di revoca/decadenza della Convenzione per l'affidamento del complesso aeroportuale

dei Parchi della Città de L'Aquila, prot. n. 0090677 del 21.09.2018; del preavviso di revoca/decadenza comunicato dal Comune con nota prot. 38982 del 18.4.2018, in quanto parte integrante della motivazione del su menzionato provvedimento definitivo; della richiesta di rinnovo della garanzia comunicata dal Comune con nota prot. nr. 56543 dell'11.6.2018 in quanto citata specificamente nell'epigrafe del su menzionato provvedimento definitivo; di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale ai suddetti atti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune dell'Aquila;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2019 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato la Xpress s.r.l., premesso di essere aggiudicataria, all'esito di indizione di apposita gara pubblica, dell'aeroporto comunale ha chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia del provvedimento (prot. 0090677 del 21 settembre 2018) adottato dal Comune dell'Aquila di revoca/decadenza del concessionario dalla convenzione tra l'ente locale stesso e la Xpress srl per la gestione del complesso aeroportuale dei Parchi della città dell'Aquila.

Ad avviso della ricorrente il provvedimento di revoca/decadenza della concessione è illegittimo per i seguenti motivi:

- I) *violazione dell'art. 4 della convenzione; in difetto della fase preliminare di revisione, il Comune non avrebbe potuto procedere alla revoca/decadenza della concessione;*
- II) *violazione dell'art. 21 sexies della legge 241/1990 con riferimento all'art. 13, commi 1 e 2 della Convenzione. Eccesso di potere. Illogicità manifesta;*
- III) *Violazione degli artt. 7, 10, della legge 241/1990; manifesto difetto di istruttoria; eccesso di potere;*
- IV) *Totale inesistenza degli ulteriori fatti oggetto di contraddittorio. Errore di fatto e travisamento dei fatti. Eccesso di potere. Valutazioni arbitrarie;*
- V) *violazione dell'art. 704, comma 7, del codice della navigazione. Eccesso di potere.*
- VI) *violazione degli articoli 42, comma 1, 48, comma 2, 107, commi 1 e 3 del TUEL; atto ultra vires, violazione degli articoli 21 septies e 21 nonies della legge 241/1990; violazione dello Statuto del Comune dell'Aquila;*
- VI) *Violazione dell'art. 3 della legge 241/1990. Eccesso di potere. Errore manifesto di valutazione. Mancanza totale di valutazione comparativa degli interessi pubblici concorrenti.*

Per resistere al ricorso si è costituito il Comune dell'Aquila, il quale afferma che l'impresa è incorsa in gravi violazioni, che ne hanno minato l'affidabilità e chiede pertanto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza 8 novembre 2018, n. 232 la domanda cautelare è stata accolta solo in parte limitatamente alla dedotta violazione dell'art. 703, comma 7, del codice della navigazione, con la statuizione dell'obbligo del Comune di consentire la prosecuzione della gestione sino al subentro del nuovo concessionario.

Alla pubblica udienza del 9 ottobre 2019 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Oggetto del giudizio è il provvedimento comunale di decadenza dalla concessione stipulata tra l'ente locale e la Xpress srl per la gestione dell'aeroporto dell'Aeroporto dei Parchi "Giuliana Tamburro" in Preturo. La società ricorrente impugna altresì il provvedimento (21 settembre 2018, prot. 0090677) con il quale il Comune chiedeva alla società il rinnovo della garanzia.

2.- Con il primo motivo la società deduce la violazione dell'art. 4 della Convenzione, che, in osservanza della Direttiva MIT del 12.09.2007 n. 135/T espressamente ivi richiamata, nel caso di sopraggiunte divergenze "in relazione alla attuazione del programma di intervento, con particolare riferimento alla realizzazione del piano degli investimenti ed al raggiungimento degli obiettivi di efficientamento" prevede l'apertura della "procedura di revisione", all'esito della quale "è in facoltà delle parti individuare le eventuali misure per l'adeguamento del rapporto".

Sulla base di tale previsione pattizia sostiene parte ricorrente che, in difetto della fase preliminare di revisione, il Comune non avrebbe potuto procedere a disporre la revoca o decadenza della concessione.

2.1.- Il motivo è infondato.

L'art. 4 della convenzione prevede che "il periodo di durata della concessione è soggetto a revisione quadriennale in relazione alla attuazione del programma di intervento, con particolare riferimento alla realizzazione del piano degli investimenti ed al raggiungimento degli obiettivi di efficientamento".

Come già osservato in fase cautelare l'art. 4 della convenzione si limita ad attribuire all'Amministrazione il potere di rivedere la durata della concessione in funzione del raggiungimento degli obiettivi prefissati, sicché la procedura per la revisione riguarda un elemento

accidentale del contratto (il termine) e non ha alcuna attinenza con le cause di risoluzione del rapporto di concessione, che vengono in rilievo nel caso di specie e trovano la loro disciplina pattizia nell'art. 13 della medesima convenzione.

3.- Con la seconda censura è dedotta la violazione dell'art. 21 *sexies* della legge 241/1990 con riferimento all'art. 13, commi 1 e 2 della Convenzione, nonché l'illegittimità manifesta dell'operato del Comune, laddove afferma che ciascuno degli inadempimenti oggetto di specifica contestazione è grave e di per sé idoneo a giustificare la misura adottata.

La convenzione, a dire della società, non attribuirebbe all'ente locale il potere di stabilire cosa costituisca grave inadempimento per giustificare la decadenza dalla concessione. Il Comune avrebbe dovuto individuare quale dei gravi inadempimenti, indicati nell'art. 13, ricorresse nel caso di specie.

In ogni caso, laddove il Comune individua quale inadempimento della Xpress srl quello di cui all'art. 13, comma 2, lett. b) ovvero la “*mancata apertura dello scalo all'attività commerciale e/o aviazione generale*”, indicherebbe una circostanza inesistente perché l'apertura all'aviazione commerciale è avvenuta con provvedimento ENAC del 18.11.2013 e nel periodo 2013-2016 Xpress ha gestito n. 6.231 voli di aviazione commerciale. Lo scalo è stato poi “chiuso” all'attività di aviazione commerciale, con successivo provvedimento ENAC del 13.4.2015 per ragioni che, come chiarito da Xpress nella memoria ex art. 73 c.p.a., attengono alla “*politica di risparmio dello Stato e alla politica nazionale dei trasporti*”.

3.1.- La doglianza non merita accoglimento.

L'art. 21 sexies della legge 241/1990, che ammette lo scioglimento del rapporto concessorio per iniziativa del Comune soltanto “nei casi previsti dal contratto” quale applicazione particolare del principio di legalità dell'azione amministrazione e del buon andamento della pubblica amministrazione sussunti, in virtù dell'art. 21 sexies, anche ai rapporti negoziali.

Nella specie, il contratto prevede:

-tra gli obblighi del concessionario (art. 5) quello di *“mantenere in esercizio lo scalo aeroportuale, senza soluzione di continuità con il precedente gestore, per lo svolgimento dell'attività turistica e civile”*;

-che *“il concessionario decade automaticamente dalla concessione e la convenzione per l'affidamento della gestione si risolve di diritto nel caso di... mancata apertura dello scalo all'attività commerciale e/o di aviazione generale”* (art. 13, n. 2, lett. b).

L'apertura dello scalo all'attività commerciale dello scalo costituiva una delle principali obbligazioni assunte dalla concessionaria, come si evince anche dal contenuto della sua offerta tecnica presentata nella gara indetta per l'affidamento del servizio di gestione dell'aeroporto. In detta offerta avente valore di proposta contrattuale Xpress nella “Fase 1” si impegnava all' *“abilitazione dello scalo all'aviazione commerciale”* e ad *“avviare almeno un volo di linea continuativo”* e *“almeno un volo di linea stagionale”* (all.6 del fascicolo del Comune).

In ragione dell'essenzialità di tale proposta contrattuale, nel contratto le parti pattuivano la clausola risolutiva espressa (art. 13, n. 2, lett. b) con risoluzione automatica del contratto e decadenza del concessionario in caso di mancata apertura dello scalo all'attività commerciale.

E tra le obbligazioni assunte da Xpress, come emerge dall'offerta tecnica, vi era anche quella dello sviluppo dello scalo nel comparto dell'aviazione commerciale.

Al riguardo, se è vero che l'apertura al traffico commerciale fu in un primo momento autorizzata dall' Enac con provvedimento del 18 novembre 2013 (a decorrere dal 23 novembre 2013), è altrettanto vero che detta autorizzazione è stata poi revocata con provvedimento dell'Enac 13 aprile 2015, prot. 0000016/DG.

L'Enac con provvedimento 13 aprile 2015, prot. 0000015/DG disponeva conseguentemente la chiusura dello scalo al traffico commerciale con effetto immediato dal 13 aprile 2015.

L'assunto del ricorrente, il quale afferma di aver comunque avviato voli di natura commerciale risulta smentito dai sopra citati provvedimenti dell' Enac, che peraltro non risultano impugnati, ove si rileva, quanto al provvedimento di chiusura dello scalo ai voli commerciali, che:

- a) nel biennio 2013-2014 i dati registrano solo attività di aviazione generale;
- b) *“non vi è alcun dato significativo relativo all'aviazione commerciale”*, il cui segmento di mercato *“non si è mai realizzato”*;
- c) *“l'aeroporto dei Parchi non è inserito nell'elenco degli aeroporti aperti al traffico commerciale, come risulta peraltro dal piano nazionale degli aeroporti”*.

Quanto al provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di aviazione commerciale, l'Enac accerta che *“a seguito delle verifiche previste, nessuno dei dati programmatici contenuti nel ...prospetto economico presentato dalla società Xpress è stato attuato nel biennio di riferimento”*.

In mancanza di impugnazione dei citati provvedimenti dell'Enac, alcuna rilevanza possono avere le censure, sviluppate nelle memorie conclusive dalla ricorrente, secondo la quale il periodo preso a riferimento dall'Enac, relativo al traffico complessivo relativo al primo anno e mezzo di attività, per uno scalo partito da zero, costituirebbe un intervallo di tempo troppo esiguo per fondare una decisione così drastica di revoca dell'autorizzazione e di chiusura dello scalo all'aviazione commerciale.

Non risulta che successivamente sia stata disposta in favore di Xpress una nuova autorizzazione per la riapertura dello scalo all'aviazione commerciale, il che rende inconferente ogni rilievo o disquisizione in merito all'effettivo numero dei voli commerciali.

La risoluzione del contratto è infatti avvenuta automaticamente ai sensi dell'art. 1456 c.c., allorquando il Comune, avendo accertato la mancata (ri)apertura dello scalo all'aviazione commerciale ha dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva.

Sono dunque prive di pregio e comunque inconferenti le argomentazioni del ricorrente (sviluppate a pagina 13 delle memoria conclusiva) secondo cui la decisione dell'Enac di declassamento dell'aeroporto (da aviazione commerciale ad aviazione generale) sarebbe motivata da ragioni del tutto indipendenti dalla condotta della concessionaria, ma sarebbe stata dettata da considerazioni relative alla politica di risparmio dello Stato e alla politica nazionale dei trasporti.

I provvedimenti dell'Enac si fondano, come visto, sul mancato sviluppo, ad opera della società aggiudicataria della gestione dell'aeroporto dei Parchi, dell'aviazione commerciale e solo in conseguenza di tale presupposto di fatto l'Ente nazionale ritiene

antieconomico sostenere gli oneri per il mantenimento degli uffici (Polizia di Stato, Guardia di Finanza, Agenzia delle dogane) necessari all'apertura al traffico commerciale, senza che vi sia "alcun ritorno di utilità in termini di vantaggio al sistema trasportistico nazionale/internazionale".

In sintesi, alla luce del quadro così delineato, il Comune si è avvalso della clausola risolutiva espressa, pattuita dalle parti all'art. 13, n. 2, lett. b) della convenzione.

Né, in proposito, è consentito al Collegio sindacare la scarsa incidenza, nell'economia complessiva del rapporto, dello sviluppo dei voli commerciali. In caso di clausola risolutiva, infatti, tale giudizio è precluso dall'esistenza di un accordo al riguardo tra i contraenti, cosicché la risoluzione si ricollega e discende direttamente dal regolamento contrattuale, che attribuisce al contraente (in questo caso al Comune) il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento di controparte senza doverne provare l'importanza (Cassazione civile, sez. III, 05/01/2005, n. 167).

Nel caso in esame, il Comune ha dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva prevista nel contratto (art. 13, n. 2 lett. b della concessione contratto).

Ciò significa che l'effetto risolutorio si è verificato per effetto di una fattispecie complessa costituita dal fatto dell'inadempimento alla specifica obbligazione dell'apertura dello scalo alla aviazione commerciale e dalla dichiarazione del Comune, contenuta nell'atto impugnato, di volersi avvalere della clausola risolutiva.

Alla luce delle considerazioni svolte, risulta, infine, inconferente la circostanza, evidenziata dalla ricorrente, che il Comune, nella nuova gara indetta nelle more del giudizio, ai fini dell'individuazione del

nuovo concessionario, non ha previsto che nello scalo debba essere esercitata anche attività commerciale, il che, secondo Xpres, sarebbe sintomatico del disinteresse dell'ente locale per lo sviluppo dell'aviazione commerciale. Si tratta, infatti, di diverso e nuovo procedimento di affidamento, che sarà disciplinato da un nuovo e distinto regolamento contrattuale tra l'Amministrazione e l'aggiudicatario e che non costituisce fonte dell'obbligazione assunta da Xpress.

4.- Il verificarsi della condizione risolutiva espressa e la dichiarazione del Comune di volersi avvalere della clausola risolutiva comporta l'automatica risoluzione del contratto.

Ciò consente l'assorbimento, dal punto di vista, logico degli ulteriori motivi (terzo e quarto mezzo di gravame), con i quali Xpress confuta nel dettaglio e lamenta difetto di istruttoria e violazione delle garanzie partecipative in relazione a tutti gli altri inadempimenti ascritti dal Comune e per quest'ultimo ritenuti idonei a minare l'affidabilità e la capacità gestionale della società (stazione di rifornimento non funzionante, erba ai margini delle piste, mezzo antiincendio situato davanti all'hangar, autoveicoli situati nel parcheggio, locali vuoti e spogli nella palazzina uffici, mancato rinnovo della garanzia, violazione delle norme ambientali per aver consentito il deposito di rifiuti sullo scalo).

5.- Con il quinto motivo è dedotta la violazione dell'art. 703, comma 7, del codice della navigazione, laddove il provvedimento gravato prevede la restituzione degli spazi pubblici adibiti allo scalo entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento.

5.1.- Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 703, comma 7, del codice della navigazione (novellato dall'art. 15-quinquies, comma 1, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172) <<*il concessionario uscente è obbligato a proseguire nell'amministrazione dell'esercizio ordinario dell'aeroporto alle stesse condizioni fissate all'atto di concessione sino al subentro del nuovo concessionario...*>>.

In applicazione di tale disposto normativo il Comune non poteva pretendere la restituzione immediata dello scalo, che può avvenire solo al momento del subentro del nuovo concessionario, per la scelta del quale l'ente locale, nelle more del giudizio, ha già avviato la procedura comparativa.

6.- Con la sesta censura Xpress deduce la violazione:

- dell'art. 42, comma 1, del Testo unico degli enti locali (T.U.E.L), che stabilisce che il “Consiglio è l'organo di indirizzo politico-amministrativo”, funzione che nel caso di specie è stata concretamente espletata con la citata determinazione consiliare n. 91 del 21.9.2009 e rispetto alla quale gli atti impugnati si pongono in aperto contrasto, prospettando la chiusura *sine die* dello scalo a qualsiasi attività di aviazione che invece il Consiglio vuole gestito e funzionante ad uso della collettività locale anche per ragioni sanitarie (v. servizio di eliosoccorso del 118) e di istruzione (v. scuola di volo).

- dell'art. 48, comma 2, del T.U.E.L, che prevede che la giunta e quindi anche il singolo assessore “collabora insieme al sindaco per l'attuazione degli indirizzi generali del consiglio”; dunque né il sopralluogo effettuato dall'Assessore in data 18.6.2018 né la c.d. “conferenza interna” avuta con il dirigente preposto in data 19.9.2018 potevano comunque dare luogo alla modifica dell'indirizzo politico-amministrativo;

-dell'art.107, comma 1, del T.U.E.L. in base al quale i dirigenti preposti agli uffici comunali “si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo” e del comma 3, secondo il quale “Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi”.

6.1.- Le censure sono infondate.

L'atto gravato, con il quale il dirigente comunale dichiara di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, ha natura giuridica negoziale (dichiarazione unilaterale recettizia) e come tale deve ritenersi atto di gestione amministrativa del rapporto contrattuale tra l'amministrazione concedente e la concessionaria, con conseguente competenza del dirigente, ai sensi dell'art. 107 del t.u.e.l. n. 267 del 2000. Da un lato, infatti, l'atto dichiarativo che determina la risoluzione del contratto concreta uno degli atti che, a norma del comma 2 della citata disposizione del t.u. sugli enti locali, per essere del tutto privi di connotazioni di controllo politico ed amministrativo, non rientrano nella sfera di competenza dell'organo politico. D'altro lato, non avrebbe avuto senso alcuno sottrarre al dirigente, che è competente alla stipulazione del contratto di concessione, la competenza ad adottare, l'atto negoziale con il quale manifesta la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa per determinare la risoluzione del rapporto contrattuale instaurato.

7.- Con il settimo ed ultimo motivo la ricorrente si duole che il Comune, in violazione dell'art. 3 della legge 241/1990, abbia omesso di effettuare una valutazione comparativa degli interessi concorrenti. A fronte del mancato sviluppo dell'aviazione commerciale, l'ente

locale avrebbe trascurato completamente i fatti positivi (l'avvio da tempo di una infrastruttura aeroportuale con traffico di aviazione generale, servizio di elisoccorso, scuola di volo, l'esistenza di un patrimonio di esperienze acquisite negli anni, esistenza di attività economiche connesse allo scalo).

7.1.- Il motivo non ha pregio sia in punto di diritto che in un punto di fatto.

In punto di diritto, l'atto impugnato non costituisce un provvedimento di autotutela amministrativa per cui è inconferente il richiamo ai principi della revoca, che richiedono la necessaria ponderazione dei contrapposti interessi.

Si tratta, invece, come ampiamente chiarito, di un atto negoziale di gestione del rapporto contrattuale. In altri termini, l'effetto risolutorio non discende da un provvedimento amministrativo, ma consegue ad una fattispecie complessa costituita dal fatto dell'inadempimento e dalla dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva.

In punto di fatto, è appena il caso di evidenziare, come chiarito dal Comune nella sua memoria conclusiva, che le attività di elisoccorso o la scuola di volo non derivano dalla presenza della XPress presso lo scalo aeroportuale ma erano già esercitate da molti anni.

8.- Alla luce di tutte le considerazioni svolte, il ricorso è in parte respinto e va accolto limitatamente alla violazione dell'art. 703, comma 7, del codice della navigazione, con la conseguenza che alla Xpress S.r.l., deve essere consentita la prosecuzione della gestione sino al subentro del nuovo concessionario.

9.- Le spese di lite, attesa la parziale reciproca soccombenza, sono integralmente compensate tra le parti. Il contributo unificato resta in carico alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere, Estensore

Mario Gabriele Perpetuini, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paola Anna Gemma Di Cesare

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO