

Pubblicato il 18/02/2019

N. 02172/2019 REG.PROV.COLL.

N. 11514/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11514 del 2013, proposto da:
SKY SERVICE S.R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Carta, Giuseppe Piscitelli,
Giacomo Locopo, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Piscitelli in Roma, viale Parioli n.
55;

contro

E.N.A.C.– ENTE NAZIONALE PER L'AVIAZIONE CIVILE, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

del provvedimento prot. n. CCI/0099539/P, del 28 agosto 2013, con cui l'ENAC ha disposto
l'esclusione della società Sky Service s.r.l. dalla procedura di gara per l'assegnazione in concessione
demaniale del locale di mq 40,92 sito nel sedime aeroportuale dell'aeroporto "Roma Urbe", ubicato
tra *hangar* "Officine Aeronautiche dell'Urbe" ed *hangar* "Elifriulia", nell'ambito di un
procedimento di licitazione privata di cui alla nota prot. CCI/0046794/P del 17 aprile 2013;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile– E.N.A.C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2018 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 17 aprile 2013 l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile– E.N.A.C. ha indetto una licitazione privata, ai sensi dell'art. 37, comma 3, cod. nav., per l'assegnazione della concessione demaniale di un locale di mq. 40,92, situato nel sedime aeroportuale dell'aeroporto "Roma Urbe" di Ciampino (RM). La società Sky Service s.r.l., la quale aveva già usufruito del godimento della suddetta area sia pure in corso con altro operatore, ha presentato una propria offerta, peraltro poi rimasta l'unica a seguito del ritiro o dell'esclusione delle altre concorrenti.

Tuttavia, con provvedimento prot. n. CCI/0099539/P, del 28 agosto 2013, l'ENAC ha disposto l'esclusione anche della Sky Service s.r.l. *"in applicazione dell'art. 38, lett. f) d.lgs. 12/4/2006 n. 163 (codice appalti)"*, essendo emerso, a suo carico, *"un provvedimento sanzionatorio per avere svolto attività volativa senza la prescritta copertura assicurativa, in violazione degli artt. 798, 1234 cod. nav. e Reg. CE n. 785/2004"*, tale circostanza configurandosi *"come errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, peraltro aggravato dal mancato pagamento dell'ammenda"*.

Con il ricorso in epigrafe la Sky Service s.r.l. ha impugnato l'atto di esclusione dinnanzi a questo TAR, domandandone l'annullamento, previa sospensione cautelare, per i seguenti motivi:

- violazione degli artt. 7 ed 8 della legge n. 241 del 1990 per omessa comunicazione di avvio del procedimento;
- falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, norma "destinata a ricevere applicazione nelle sole procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi" ma non anche nel caso di concessioni di bene demaniale;
- eccesso di potere per erroneità dei presupposti e per contraddittorietà, nonché per difetto di motivazione: qui la società ricorrente ha rivendicato di non aver mai perso i requisiti di "Operatore di Lavoro Aereo" né di soggetto titolare di "Licenza di Esercizio di Lavoro Aereo", posto che, dal giorno del ricevimento della comunicazione dell'ENAC che le aveva vietato ogni attività di volo (a causa della sospensione della copertura assicurativa), essa "non ha più compiuto alcuna attività aeronautica fino al ripristino della copertura assicurativa".

2. Si è costituito in giudizio l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile– E.N.A.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, inizialmente limitandosi a depositare un mero atto di costituzione formale, corredato da alcuni documenti (tra i quali, una relazione sui fatti di causa predisposta dalla Direzione Affari Legali e Contenzioso dell'ENAC).

Con ordinanza n. 5107 del 2013 questo TAR ha respinto la domanda cautelare, valutata “la gravità della violazione contestata”.

In vista della pubblica udienza di discussione, entrambe le parti hanno svolto difese.

Alla pubblica udienza del 7 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Deve premettersi che, nell’ambito della relazione sui fatti di causa, depositata dall’Avvocatura erariale in data 10 dicembre 2013, l’amministrazione ha evidenziato un profilo di tardività del ricorso, in quanto notificato in data 5 novembre 2013, laddove la conoscenza del provvedimento di esclusione, in capo alla ricorrente, sarebbe da far risalire al 2 settembre 2013.

Non si tratta, tuttavia, di un’eccezione ritualmente introdotta nel presente giudizio, in quanto essa non è stata fatta propria dalla difesa erariale in alcuno suo scritto. Va qui ribadito l’orientamento secondo il quale le relazioni illustrative predisposte dall’amministrazione resistente per il giudizio possono essere utilizzate solo per una più completa ed autentica ricostruzione dei fatti di causa o, al limite, per una più compiuta disamina di merito in ordine all’interpretazione delle norme che siano rilevanti per il giudizio, ma non per sollevare, in modo autonomo, domande od eccezioni processuali le quali rimangono, invece, di esclusiva pertinenza della difesa erariale. In mancanza di un apposito richiamo che le faccia proprie negli atti dell’Avvocatura, pertanto, quelle domande od eccezioni non possono ritenersi parte della strategia processuale prescelta dall’amministrazione resistente (cfr. TAR Piemonte, sez. II, sentt. nn. 42 e 328 del 2012 e n. 46 del 2013; TAR Abruzzo, Pescara, sent. n. 237 del 2015): diversamente opinando si violerebbero i principi di piena indipendenza ed autonomia che, in base all’art. 1 del r.d. n. 1611 del 1933, sovrintendono all’operato dell’Avvocatura dello Stato nel decidere la condotta della causa, salvo in ogni caso il contro-limite del divieto di assumere iniziative processuali che incidano su interessi politico-amministrativi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 125 del 1984).

Anche a voler considerare ammissibile simile eccezione, comunque, essa sarebbe non fondata in quanto non considera il periodo di sospensione feriale dei termini, quale vigente, *ratione temporis*, fino al 15 settembre di ciascun anno (cfr. art. 1 della legge n. 742 del 1969, prima delle modifiche introdotte con il decreto-legge n. 132 del 2014, convertito in legge n. 162 del 2014).

4. Nel merito, il ricorso è fondato.

Trova l’adesione del Collegio il secondo motivo di gravame, concernente la non applicabilità, alla procedura di gara per cui è causa (avente ad oggetto la concessione di un bene demaniale), della norma di cui all’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Deve premettersi che il rapporto controverso si riferisce esclusivamente alla concessione in uso di un locale ubicato nell’ambito del sedime aeroportuale: esso, pertanto, non è riconducibile alla disciplina del codice dei contratti pubblici (in allora vigente), ossia al d.lgs. n. 163 del 2006, non essendo qualificabile né come appalto (non configurandosi alcun contratto passivo della p.a.) né tantomeno come concessione regolata dal suddetto codice (il quale, come noto, si riferisce solo alle concessioni di lavori pubblici o di servizi, per come definite dall’art. 3, commi 11 e 12, ed esclusivamente entro i limiti indicati, quanto alle concessioni di servizi, dall’art. 30). Non può, pertanto, trovare meccanica trasposizione, al rapporto per cui è causa, la norma di cui all’art. 38 del

d.lgs. n. 163 del 2006, la quale, nel dettare disposizioni di divieto (correlate ad altrettante ipotesi di esclusione dalla gara), è necessariamente norma di stretta interpretazione: essa non può essere estesa a casi non espressamente contemplati, in assenza cioè di un suo espresso richiamo nella *lex specialis* di gara (cfr., analogamente, per l'affermazione della necessità di un espresso richiamo delle norme del codice appalti al fine della loro applicabilità anche alle concessione di beni: TAR Veneto, sez. I, sent. n. 212 del 2018; TAR Lazio, Roma, questa sez. III-ter, sentt. nn. 9777 e 9783 del 2014; Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1006 del 2015).

Nel caso che occupa, la causa di esclusione consistente nell'aver commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale (pur prevista, per gli appalti, dall'art. 38, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 163 del 2006) non è espressamente contemplata né nella disciplina di settore, di cui al codice della navigazione, né risulta richiamata dalla *lex specialis* mediante espresso rinvio al menzionato art. 38 (cfr. il testo del “*pubblico avviso*” concernente la disponibilità del bene demaniale, adottato dall'amministrazione il 26 marzo 2013, nonché il testo dell'atto che, in data 17 aprile 2013, ha indetto la procedura di licitazione privata ai sensi dell'art. 37, comma 3, cod. nav., nessuno dei quali, nel dettare le formalità necessarie all'espletamento della procedura, ha richiamato espressamente l'art. 38 del codice dei contratti: docc. nn. 5 ed 8 della ricorrente): tanto ciò vero che l'atto impugnato ha dichiarato l'esclusione della società ricorrente proprio “*in applicazione dell'art. 38, lett. f) d.lgs. 12/4/20006 n. 163 (codice appalti)*”, non potendo riferirsi a diverse norme né di legge né di *lex specialis*.

5. Con assorbimento delle restanti censure, deve quindi essere annullato l'atto di esclusione della società ricorrente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono da liquidarsi in euro 3.000,00 (tremila/00).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione terza-ter, definitivamente pronunciando,

Accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento prot. n. CCI/0099539/P, del 28 agosto 2013, dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile– E.N.A.C.

Condanna l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile– E.N.A.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla refusione delle spese di lite, liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Mario Alberto di Nezza, Presidente FF

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE
Mario Alberto di Nezza

IL SEGRETARIO