



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 proposto da Alitalia – Linee aeree italiane s.p.a., in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli
avv.ti Franco Gaetano Scoca, Marcello Molè e Emanuela Quici, ed
elettivamente domiciliato presso il secondo, in Roma, via delle Quattro
Fontane, n. 15;

contro

ENAC – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e Ministero dei Trasporti
non costituitisi in giudizio;

e nei confronti

Regione autonoma della Sardegna, non costituitasi in giudizio;

Air One s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi
in giudizio, rappresentato e difeso dall' avv.to Angelo Clarizia, ed
elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via Principessa
Clotilde, n. 2;

Meridiana s.p.a., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione
III ter, n. 11612/2006;

N. 4890/07

Reg.Dec.

N. 1649 Reg.Ric.

ANNO 2007

Disp.vo 451/2007

RES

SE

5

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Air One s.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 10-7-2007 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Scoca, l'Avv. Molé, l'Avv. Clarizia e l'Avv. dello Stato Di Palma;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con decreto 29 dicembre 2005 n. 35 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in applicazione dell'art. 4 del Regolamento CEE n. 2408 del 23 luglio 1992 e della L. 17 maggio 1999 n. 144, al fine di assicurare la continuità territoriale con la Sardegna, ha sottoposto ad oneri di servizio pubblico, tra le altre, le rotte Cagliari-Roma e viceversa e Cagliari-Milano e viceversa, rotte che nella vigenza della precedente disciplina di oneri di servizio pubblico erano esercitate dall'Alitalia.

Come correttamente rilevato dal Tar, per "onere di servizio pubblico" si intende, ai sensi dell'art. 2, lett. o), del Regolamento CEE 23 luglio 1992 n. 2408, l'onere, imposto a un vettore aereo, di prendere tutte le misure necessarie, relativamente a qualsiasi rotta sulla quale sia stato abilitato da uno Stato membro ad operare, per garantire la prestazione di un servizio che soddisfi determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e

tariffazione, criteri cui il vettore stesso non si atterrebbe se tenesse conto unicamente del proprio interesse commerciale.

Con il citato decreto era stato stabilito che detti oneri sarebbero divenuti obbligatori alla data del 31 marzo 2006, con scadenza al 30 marzo 2009 e che i vettori, che intendessero accettare i predetti oneri, dovevano presentare formale accettazione dell'intero operativo voli di ciascun gruppo di rotte o singole rotte entro trenta giorni dalla data di pubblicazione nella GUCE della comunicazione della Commissione relativa all'imposizione di detti oneri.

La comunicazione della Commissione, pubblicata sulla GUCE del 24 marzo 2006, ha individuato nel 2 maggio 2006 il termine iniziale e nell'1 maggio 2009 il termine finale di operatività del nuovo sistema.

Con nota del 27 aprile 2006 l' E.N.A.C. ha comunicato all'Alitalia che la "conferma di accettazione degli oneri" non poteva essere valutata dall'ente perché presentata oltre il termine di trenta giorni dalla pubblicazione, sulla GUCE, della comunicazione dell'imposizione di oneri.

Con successiva nota del 28 aprile lo stesso E.N.A.C. ha reso noto di aver stipulato con i vettori Meridiana e Air One le relative convenzioni e che il servizio avrebbe avuto inizio il 2 maggio 2006, data dalla quale i precedenti vettori avrebbero cessato di operare.

Avverso tali provvedimento ha proposto ricorso Alitalia, chiedendo anche l'adozione di misure cautelari.

L'istanza cautelare veniva accolta dal Tar con ordinanza n. 2660/2006, che veniva però riformata da questa sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2555/2006.

Con sentenza n. 11612/2006 il Tar ha respinto il ricorso di Alitalia, la quale ha proposto ricorso in appello avverso tale decisione.

Air One s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo che l'appello venga respinto ed eccependone l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. In via preliminare si rileva che, contrariamente a quanto sostenuto da Air One, il ricorso in appello non è diventato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a seguito della decisione della Commissione europea del 23 aprile 2007.

Con tale decisione la Commissione ha stabilito che l'Italia può continuare ad applicare gli oneri di servizio pubblico (OSP), imposti con d.m. n. 35 e 36 del 29 dicembre 2005 per alcuni collegamenti tra la Sardegna e alcuni scali nazionali a condizione che siano rispettate una serie di condizioni.

Tra queste condizioni vanno segnalate le seguenti:

- i vettori aerei che intendono rispettare gli OSP operano le rotte interessate a prescindere dal momento in cui essi hanno notificato la loro intenzione di iniziare a prestare i loro servizi, e dalla data in cui è stata trasmessa tale notifica, e cioè entro o dopo il termine di 30 giorni di cui ai decreti;
- i vettori aerei non sono vincolati ad una continuità di servizi, nel quadro degli OSP, superiore ad un anno;
- le autorità italiane si impegnano a riesaminare la necessità di mantenere l'imposizione di OSP su una rotta, nonché il livello di oneri

imposti a ciascun vettore, quando un nuovo vettore inizia ad operare, o notifica la sua intenzione di operare su tale rotta e, in ogni caso, una volta l'anno.

Con la stessa decisione veniva stabilito che l'Italia notificasse alla Commissione le misure di applicazione della stessa decisione entro il 1-8-2007.

Il limite temporale di un anno, applicato dalla Commissione all'imposizione di OSP, può comportare che il subentro di Alitalia nelle rotte in questione dipenda non dall'esito del presente giudizio, ma dalle modalità di applicazione della decisione della Commissione.

Tuttavia, anche prescindendo dal fatto che tale decisione non risulta essere stata ancora applicata dall'Italia, è sufficiente rilevare come per l'anno trascorso gli OSP siano stati regolati sulla base dei provvedimenti impugnati con la conseguenza che permane, quanto meno sotto il profilo risarcitorio, l'interesse di Alitalia alla decisione del ricorso.

Del resto, Alitalia, pur consapevole degli effetti favorevoli che potrebbe trarre dalla decisione della Commissione, ha insistito per la decisione del ricorso in appello e in tal senso deve procedere questo Collegio.

3. Con il primo motivo Alitalia ha sostenuto che il termine, previsto dall'art. 3 D.M. n. 35 del 2005 per la presentazione della formale accettazione dell'operativo entro 30 giorni dalla data di pubblicazione sulla GUCE della Comunicazione della Commissione relativa all'imposizione di detti oneri, non è perentorio, con la conseguenza che illegittimamente

all'Alitalia è stata negata la conferma dell'accettazione solo perché asseritamente presentata dopo la scadenza del predetto termine.

Ha inoltre sostenuto che l'accettazione sarebbe comunque avvenuta entro il prescritto termine, anche per *facta concludentia*.

Il motivo è privo di fondamento.

Innanzitutto, va precisato come non vi siano dubbi sul fatto che Alitalia abbia presentato l'accettazione degli OSP oltre il termine del 24 aprile 2006, previsto dall'art. 3 del D.M. 29 dicembre 2005 n. 35 (30 giorni dalla data del 24 marzo 2006 di pubblicazione nella GUCE della comunicazione della Commissione relativa all'imposizione degli OSP).

L'Alitalia ha consegnato a mano all'ENAC in data 27 aprile 2006 una nota, datata 24 aprile, con cui confermava, "secondo quanto già anticipato nel corso delle riunioni svoltesi in merito, di accettare i predetti oneri nei termini, alle condizioni e con le modalità di cui al decreto ed alla comunicazione, sulle rotte Cagliari - Roma e vv. e Cagliari - Milano e vv.".

Alcuna contestazione vi è sulla circostanza della consegna a mano della nota e sulla data di tale consegna (27 aprile).

Come rilevato dal Tar, e in alcun modo contraddetto dall'Alitalia, alcuna prova è stata fornita circa la tempestiva spedizione o trasmissione della menzionata nota.

Pur essendo stato utilizzato nella nota il termine "conferma" dell'accettazione, alcuna precedente accettazione vi era stata e le modalità dell'accettazione, prescritte dal D.M. n. 25/2005, richiedevano senza alcun dubbio una dichiarazione formale, relativa anche al possesso dei requisiti.

Ciò esclude che l'accettazione potesse essere desunta per *facta concludentia* (ad es. con la vendita di 220 biglietti per il giorno 2 maggio), come sostenuto da Alitalia.

Alcun rilievo può essere attribuito all'utilizzo dello stesso termine "conferma" anche nella nota Enac del 27 aprile 2006, avendo l'ente chiaramente inteso richiamare testualmente la nota Alitalia.

Né alcun rilievo sostitutivo della formale accettazione si può ricavare dagli atti, sottoscritti da E.N.A.C. e da Alitalia il 24 marzo 2006, con cui è stato esteso fino all'1 maggio 2006 l'affidamento dei servizi di trasporto aereo di linea sulla rotta Cagliari - Roma e vv. e Cagliari - Milano e vv., in mera prosecuzione della precedente gestione, necessaria per garantire la continuità del servizio proprio fino alla data (1 maggio 2006) in cui avrebbero cominciato ad operare i vettori che avevano accettato i nuovi oneri.

Chiarito che Alitalia non ha presentato entro il termine del 24 aprile 2006 l'accettazione degli OSP, va ora verificata la natura del prescritto termine, che secondo l'appellante sarebbe meramente ordinatoria.

Anche questa tesi è priva di fondamento, in quanto il predetto termine ha chiara natura perentoria.

Si deve tenere presente che per l'assegnazione degli oneri di servizio pubblico è previsto un procedimento particolare, disciplinato a livello comunitario: ogni Stato membro, dopo aver informato la Commissione e i vettori aerei operanti sulla rotta, può imporre oneri di servizio pubblico su una o più rotte, che rimangono aperte a tutti i vettori comunitari, con l'unico vincolo del rispetto di tali oneri.

In caso di mancata disponibilità ad accettare gli oneri da parte dei vettori, l'accesso alla rotta può essere limitato (con compensazione finanziaria) ad un unico vettore aereo, individuato con gara comunitaria, per un periodo massimo di tre anni., rinnovabile.

Si tratta, quindi, di una procedura atipica, nel corso della quale deve prima essere verificata la disponibilità dei vettori ad accettare gli oneri per poi passare alla gara nel solo caso di assenza di vettori disponibili ad accettare gli OSP.

La procedura relativa alle rotte fra gli scali aeroportuali della Sardegna e i principali aeroporti nazionali italiani è stata indetta in considerazione della condizione di insularità della Sardegna, che limita fortemente le opportunità di collegamento, attribuendo al trasporto aereo un ruolo fondamentale, insostituibile e privo di valide alternative comparabili.

Anche se nella prima fase della procedura non si svolge alcuna comparazione, tipica delle gare, la fissazione di tempi certi è fondamentale per l'avvio del sistema di continuità territoriale.

A tal fine, la fissazione di un termine per l'accettazione da parte dei vettori degli oneri consente all'amministrazione di conoscere se vi siano vettori disponibili senza necessità di limitare l'accesso alla rotta ad un unico vettore scelto con gara o in caso di più vettori accettanti di procedere a verificare il possesso dei requisiti minimi e a intervenire per contenere i programmi operativi dei vettori attraverso un'equa redistribuzione delle rotte e delle frequenze fra i vettori stessi.

In assenza di un termine per le accettazioni, l'amministrazione rimarrebbe nell'incertezza se avviare o meno la gara per l'individuazione

del vettore unico e anche il riparto delle frequenze dei voli sarebbe soggetto a continui mutamenti.

Per tali ragioni quelle esigenze di pari trattamento e di celere svolgimento della procedura, tipiche delle gare, non possono che applicarsi anche al procedimento in questione e tali esigenze vengono garantite proprio dalla fissazione di un termine perentorio per l'accettazione degli oneri da parte dei vettori.

Il termine perentorio non ha la sola funzione di tutelare la *par condicio* tra gli aspiranti all'attribuzione delle rotte, ma mira soprattutto a porre l'amministrazione nelle condizioni di avviare in modo corretto e senza ritardi il sistema di continuità territoriale; si tratta, quindi, di un termine fissato a garanzia della continuità e della stabilità del servizio, che i vettori accettanti dovranno offrire.

Costituisce principio pacifico quello secondo cui la natura perentoria di un termine, anche non esplicitata dal dato letterale di una determinata disposizione, può essere desunta dalla funzione che in concreto il termine è chiamato ad assolvere, non potendosi in tal caso far valere l'opposto principio derivante dagli artt. 152 e 154 c.p.c., invocati dall'appellante (Cfr., fra tutte, Cons. Stato, VI, n. 268/2007; n. 7948/2006).

Nel caso di specie, le considerazioni già svolte hanno evidenziato come la previsione di un termine per la comunicazione dell'accettazione degli OSP svolga la funzione di consentire detta accettazione solo entro il previsto termine, al cui decorso consegue la perdita della possibilità di azione (*rectius*, accettazione) da parte del soggetto a favore del quale quel termine era stato previsto.

Infatti, l'art. 3 del D.M. 29 dicembre 2005 n. 35, nel fissare un termine per l'accettazione degli oneri da parte dei vettori, ha inteso affidare a tale termine la funzione di stabilire una data certa, entro cui, a pena di decadenza, fosse possibile comunicare tale accettazione.

Senza uno sbarramento temporale netto e sufficientemente anticipato, sarebbe stato difficile l'espletamento di tutti gli incombenzi organizzativi e funzionali necessari per l'inizio della gestione del servizio.

Deve quindi ritenersi che il termine del 24 aprile 2006, fissato per l'accettazione degli oneri da parte dei vettori, avesse natura perentoria con conseguente impossibilità di operare sulle rotte onerate per i vettori che non abbiano comunicato la formale accettazione entro detto termine.

Accertata la natura perentoria del termine, deve ora essere verificato quali siano gli effetti derivanti dalla citata decisione della Commissione del 23 aprile 2007, idonei ad incidere sulla presente controversia.

Come già detto in precedenza, con tale decisione la Commissione ha stabilito che l'Italia può continuare ad applicare gli oneri di servizio pubblico (OSP), imposti con d.m. n. 35 e 36 del 29 dicembre 2005, a condizione che siano rispettate alcune già menzionate condizioni.

Nei punti 37 e ss. della decisione, la Commissione ha esaminato la previsione del termine di 30 giorni per la presentazione da parte dei vettori della formale accettazione degli oneri, prendendo atto che ciò ha costituito "una condizione di esclusione nel caso di un vettore che aveva presentato l'accettazione un giorno troppo tardi".

La Commissione ha ritenuto tale condizione "indebitamente restrittiva" e ha imposto all'Italia, quale condizione, che "i vettori aerei che

intendono rispettare gli OSP operano la rotta interessate a prescindere dal momento in cui essi hanno notificato la loro intenzione di iniziare a prestare i loro servizi, e dalla data in cui è stata trasmessa tale notifica, e cioè entro o dopo il termine di 30 giorni di cui ai decreti”.

Si ricorda che le misure di applicazione della decisione devono essere notificate dall'Italia alla Commissione entro il 1 agosto 2007; ciò significa che la decisione non può avere effetto retroattivo.

Con riguardo al termine di cui si discute, le valutazioni della Commissione sono state le seguenti:

- il termine fissato per l'accettazione degli oneri comporta l'esclusione del vettore in caso di tardiva accettazione (quindi, è perentorio) e tale condizione non può avvalersi come base giuridica delle norme comunitarie e risulta essere indebitamente restrittiva.

La Decisione della Commissione conferma, quindi, l'infondatezza della tesi di Alitalia circa la natura ordinatoria del termine in questione, pur ritenendo indebitamente restrittiva l'apposizione di un tale termine.

Con riguardo alla eventuale illegittimità di tale termine, perché eccessivamente restrittivo o incompatibile con le norme comunitarie, va rilevato che si tratta di questione non devoluta a questo giudice di appello.

Con espressa statuizione il Tar ha giudicato legittimo il termine perentorio (v. pagg. 14 e 15 dell'impugnata sentenza: “Peraltro, proprio la *ratio* sottesa alla natura decadenziale del termine ne giustifica la legittimità, perché risponde sia all'interesse dei privati a limitare, nel pieno rispetto delle regole di mercato, la platea di concorrenti che a quello pubblico alla corretta scansione temporale della procedura di assegnazione delle rotte. Di

qui l'infondatezza della censura di illegittimità dell'art. 3 D.M. n. 35 del 2005.”).

Tale statuizione non è stata in alcun modo oggetto di censura nel ricorso in appello di Alitalia, con cui si è insistito sulla tesi della natura ordinatoria del termine, senza contestarne la legittimità qualora fosse invece stato inteso come perentorio.

Tale contestazione era contenuta nel primo motivo del ricorso di primo grado, che è stato trascritto nel ricorso di appello al solo fine della ricostruzione della vicenda processuale (v. pag. 20), ma non è poi stata riproposta tra le censure del ricorso in appello (pagg. 26 e ss.).

Ciò comporta che questo Collegio non debba esaminare la questione dell'eventuale illegittimità del termine, del valore da attribuire a tal fine alla decisione della Commissione e della necessità, o meno, di sottoporre alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, la questione pregiudiziale della validità della Decisione della Commissione, come chiesto da Air One, che ha peraltro già proposto ricorso per l'annullamento della Decisione davanti al Tribunale di primo grado della CE.

Né può essere sostenuto che si debba disapplicare i provvedimenti adottati dall'Enac per il contrasto con il diritto Comunitario, in quanto questa Sezione ha già rilevato che l'eventuale violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità, che deve essere fatto valere nel termine di decadenza (e, quindi, anche con l'espressa contestazione nel ricorso in appello); trattasi peraltro, di regola ispirata al principio della certezza del diritto, proprio anche del diritto comunitario (Cons. Stato, VI, n. 1023/2006; Corte Giust., 12.12.2002, C. 470/99; 27.2.2003, C. 327/00).

Di conseguenza, si ribadisce che in assenza di un motivo di appello, la questione dell'asserita illegittimità del termine perentorio non può essere esaminata in questo giudizio.

4. E' infondata anche l'ulteriore censura con cui Alitalia ha dedotto che illegittimamente sarebbe stato omesso l'invio della comunicazione, ex art. 10 *bis* della L. 7 agosto 1990 n. 241.

Infatti, la previa comunicazione dell'avviso di rigetto è prescritta dalla invocata disposizione per i procedimenti ad iniziativa di parte e tale non può essere considerato quello in esame, che trae origine non da una istanza di Alitalia, ma da una richiesta dell'Enac di disponibilità di accettare gli oneri di servizio pubblico sulle rotte in questione.

Peraltro, la già evidenziata assimilazione sotto determinati profili del procedimento in esame ad una procedura concorsuale costituisce ulteriore ragione circa l'inapplicabilità dell'art. 10-*bis*, sulla base di quanto previsto dall'ultima parte di tale disposizione.

Per mera completezza, si rileva che, anche aderendo alla tesi dell'appellante, la violazione dell'art. 10-*bis* non potrebbe comunque condurre nel caso di specie all'annullamento del provvedimento impugnato, essendo evidente che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, essendo l'amministrazione vincolata ad adottare i provvedimenti conseguenti alla violazione del menzionato termine perentorio.

L'eventuale violazione procedimentale non potrebbe, quindi, avere portata invalidante in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, prima parte, della legge n. 241/90.

5. Con ulteriore censura Alitalia ha lamentato che l'affidamento delle rotte alle società controinteressate è avvenuto senza il concerto tra l'E.N.A.C. e la Regione Sardegna, previsto invece come obbligatorio.

Non è devoluta al Collegio la questione dell'ammissibilità della censura, risolta in senso favorevole dal Tar con statuizione non oggetto di appello incidentale; anche tale motivo è comunque privo di fondamento.

Si deve tenere presente che il concerto, previsto dal punto 1.5 della Comunicazione 2006/C 72/03, pubblicata sulla GUCE 24 marzo 2006 (e dall'analoga previsione del D.M. n. 35 del 2005), concerne una attività tecnica, consistente nella verifica della adeguatezza della struttura dei vettori accettanti ed del possesso dei requisiti minimi di accesso al servizio ai fini del soddisfacimento degli obiettivi perseguiti con l'imposizione di oneri di servizio pubblico.

Il concerto su un profilo tecnico presuppone che i due soggetti (E.N.A.C. e Regione Sardegna) procedano congiuntamente all'accertamento del possesso dei requisiti minimi da parte degli operatori i quali, presentando l'accettazione degli oneri, hanno espresso la volontà di ottenere l'affidamento della rotta.

Non è contestato che tale verifica sia stata effettuata da una Commissione mista incaricata della selezione dei vettori, di cui è componente un rappresentante della Regione Sardegna.

Lo svolgimento dell'attività, sottoposta a concerto, da parte di una Commissione mista garantisce le esigenze di congiunta verifica dei requisiti, per le quali è stato previsto il concerto.

Anche sotto tale profilo, quindi, l'impugnato provvedimento risulta essere esente dai vizi dedotti dall'appellante.

6. In considerazione del rigetto dell'azione di annullamento proposta avverso i provvedimenti impugnati, deve parimenti essere respinta la domanda di risarcimento dei danni, asseritamente derivanti dall'esecuzione di tali provvedimenti; danni che non si pongono in rapporto di causalità con alcuna illegittimità accertata in questo giudizio, ma che dipendono dal ritardo con cui Alitalia ha presentato la formale accettazione degli oneri di servizio pubblico.

7. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 10-7-2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Giuseppe Romeo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere

Roberto Chiappa

Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 21/09/07

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 21/09/07 copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero REGIONE AUT. SARDEGNA - MIN. TRASPORTI

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria