Pubblicato il 25/08/2021

N. 06034/2021REG.PROV.COLL.

N. 02381/2021 REG.RIC.

N. 02414/2021 REG.RIC.

N. 02665/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2381 del 2021, proposto da ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Elitaliana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giuliano Gruner e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione Lazio, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Fiammetta Fusco, domiciliataria ex lege in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;

Azienda Regionale Emergenza Sanitaria – ARES 118, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Ilaria Napolitano e Andrea Zappala', con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Andrea Zappalà in Roma, via Ludovisi, n. 16;

sul ricorso numero di registro generale 2414 del 2021, proposto dalla Regione Lazio, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Elitaliana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giuliano Gruner e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Azienda Regionale Emergenza Sanitaria ARES 118, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Ilaria Napolitano e Andrea Zappala', con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Andrea Zappalà in Roma, via Ludovisi, n. 16;

sul ricorso numero di registro generale 2665 del 2021, proposto dall' Azienda Regionale Emergenza Sanitaria - ARES 118, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Ilaria Napolitano e Andrea Zappala', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Elitaliana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giuliano Gruner e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ente Nazionale per L'Aviazione Civile - ENAC, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Regione Lazio, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Fiammetta Fusco, domiciliataria ex lege in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Terza) n. 13602/2020, resa tra le parti, concernente l'annullamento della concessione diretta, senza il previo esperimento di gara, di aree demaniali aeroportuali di Latina e di Viterbo, rilasciata dall'ENAC alla Regione Lazio e all'ARES 118 per la gestione del servizio di elisoccorso, nonché degli atti della successiva gara indetta dalla Regione Lazio per la scelta del contraente del servizio di elisoccorso.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, dell'Azienda Regionale Emergenza Sanitaria ARES 118 e di ENAC - Ente Nazionale Aviazione Civile;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Elitaliana S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021, svoltasi in videoconferenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28/2020 e 25, comma 1, del decreto-legge n. 137/2020, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Fiammetta Fusco, Ilaria Napolitano, Andrea Zappalà, Giuliano Gruner, Federico Dinelli e l'Avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR per il Lazio n.r.g. 4178/2020, Elitaliana S.r.l. (già aggiudicataria in RTI con Elilombarda S.r.l. e Inaer Helicopter Italia S.p.a. del servizio medico di emergenza con elicottero sul territorio della Regione Lazio per nove anni dall' 1.7.2009 al 30.6.2018 e già concessionaria di aree demaniali negli aeroporti di Latina e Viterbo per l'attività HEMS) impugnava le delibere ENAC del 20 febbraio 2020 e del 6 marzo 2020 di concessione delle medesime aree degli aeroporti militari aperti al traffico civile di Latina e Viterbo all'ARES 118 per il successivo affidamento da parte di quest'ultima, mediante gara pubblica, del servizio di elisoccorso nella Regione Lazio.

1.1. - Con motivi aggiunti la ricorrente estendeva l'impugnazione agli atti della Regione Lazio, medio tempore sopravvenuti, relativi all'indizione della gara comunitaria per l'affidamento del detto servizio medico di emergenza in elicottero per conto di ARES 118.

2.- La sentenza in epigrafe ha accolto in parte il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti, condannando le Amministrazioni alle spese di giudizio.

Il TAR ha ritenuto, alla luce della giurisprudenza comunitaria e interna e del parere ANAC del 7 ottobre 2015, l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 5, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016 che configurano un'ipotesi di partenariato pubblico, per il difetto di cooperazione tra l'ente pubblico affidante e l'ente affidatario, in quanto l'ente concedente resta estraneo allo svolgimento dell'attività dedotta in convenzione.

Di conseguenza, l'accordo non potrebbe essere sottratto al regime dell'evidenza pubblica.

2.1. - La sentenza ha, invece, escluso che l'ENAC abbia proceduto nel 2016 al rinnovo delle concessioni in favore della ricorrente Elitaliana S.r.l. ed ha affermato che alla scadenza dei titoli concessori si è verificata l'acquisizione al demanio dei manufatti inamovibili realizzati, quale effetto legale automatico della concessione, ex art. 49 cod. nav., rigettando il relativo motivo di ricorso.

2.2. - La sentenza, infine, ha accolto il ricorso per motivi aggiunti ritenendo che la base d'asta è stata formulata al netto di IVA, nonostante che alcune prestazioni (ad es. trasporto di organi, sangue, etc.) non siano esenti, determinando così la formulazione in gara di proposte negoziali irregolari.

3.- Con autonomi appelli insorgono avverso la sentenza l'ENAC, la Regione Lazio ed ARES 118, lamentandone l'ingiustizia ed erroneità e chiedendone la riforma.

4.- Resiste in giudizio Elitaliana S.r.l. che chiede il rigetto degli appelli e propone ricorso incidentale per la riforma della sentenza nella parte in cui ha rigettato alcuni dei motivi proposti col ricorso introduttivo.

5.- Con ordinanza n. 5193 del 11.9.2020, pronunciando sull'appello cautelare, questa Sezione affermava la necessità di approfondimento della questione concernente l'applicabilità dell'art. 5, comma 6, del codice dei contratti pubblici, rimettendo al primo giudice la sollecita fissazione dell'udienza di merito.

6.- Alla pubblica udienza del 15 luglio 2021, gli appelli sono stati tratti in decisione.

DIRITTO

1.- Preliminarmente, il Collegio dispone la riunione degli appelli proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a..

2.- Gli appelli meritano accoglimento.

3.- ENAC – Direzione aeroportuale Lazio, autorità dell'aviazione civile, è assegnataria (non ancora in modo definitivo) a titolo gratuito di aree del Demanio aeronautico negli aeroporti di Latina e Viterbo.

Latina e Viterbo sono aeroporti militari aperti al traffico civile, ai sensi del decreto del Ministro della Difesa del 28.1.2008, e l'attività di aviazione civile vi è consentita subordinatamente alle limitazioni derivanti dalle esigenze operative delle Forze Armate.

3.1.- Le aree demaniali di Latina e Viterbo, gestite provvisoriamente da ENAC, sono state date in concessione, sin dal 2001, ad Elitaliana S.r.l. per il servizio di elisoccorso (di cui era affidataria da parte della Regione Lazio) e, da ultimo, per la durata di 2 anni a decorrere dal 2014, non rinnovabile, ma prorogata nelle more della consegna definitiva da parte del Ministero della Difesa degli aeroporti all'ENAC e della definizione dell'assetto demaniale funzionale al piano d'uso degli aeroporti, nonché fino all'espletamento della gara per l'affidamento delle concessioni successive.

3.2. - Con nota 20.2.2020, l'ENAC comunicava ad Elitaliana S.r.l. che la ARES 118 sarebbe subentrata come concessionaria delle aree aeroportuali in questione, a seguito di istanze della Regione del 16.1.2020 e 4.2.2020, previa dichiarazione regionale di assunzione a proprio carico degli oneri connessi a fabbricati e spazi e con impegno di affidare i servizi HEMS mediante gara e di comunicare, nelle more della procedura, l'operatore aeronautico assegnatario.

4. - Secondo la tesi delle appellanti, la sentenza appellata, che ha accolto il ricorso di Elitaliana S.r.l., erroneamente non avrebbe considerato che i principi dell'evidenza pubblica sono stati rispettati in quanto l'ENAC ha delegato la Regione Lazio -ARES 118, quale titolare del pertinente interesse pubblico (di cura della gestione e coordinamento dell'attività di elisoccorso e del personale sanitario operante sui mezzi addetti) ad espletare la gara per l'affidamento quinquennale (rinnovabile) dei servizi di elisoccorso da espletarsi nelle aree aeroportuali.

Dunque, il concreto utilizzatore delle aree sarà individuato all'esito della gara pubblica.

4.1. - Il TAR sarebbe incorso in errore sui presupposti di fatto e di diritto, erronea interpretazione e omessa motivazione.

Con la concessione del bene demaniale, l'ENAC si limita a dare in uso ad un operatore pubblico il bene di cui è gestore provvisorio, vincolandolo ad una specifica destinazione d'uso compatibile con la natura demaniale del bene (dietro pagamento di canone e oneri manutentivi) e senza disciplinare la fornitura a terzi del servizio che verrà esercitato sull'area.

La concessione del bene demaniale non è "concessione di servizi" (di cui all'art. 3 codice appalti) per cui non trova applicazione il codice degli appalti.

Con il Regolamento "Affidamento Aeroporti demaniali per l'aviazione generale", al Titolo IV, l'ENAC ha disciplinato le c.d. "concessioni dirette" ad operatori economici, affidate mediante procedura ad evidenza pubblica quando con la concessione si attribuisce un vantaggio economico ad un operatore nell'ambito di un mercato limitato, per attività coerenti con la destinazione d'uso conferita dall'Ente.

L'evidenza pubblica comporta, in questi casi, come dispone il Regolamento, solo l'applicazione dei principi di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento, concorrenza e non discriminazione, ma non impone il rispetto di una specifica e caratterizzata procedura, rimanendo le concessioni demaniali fuori dalla regolamentazione europea sugli appalti, servizi e forniture.

Il Regolamento, tuttavia, non troverebbe applicazione finché l'area rimane formalmente del Demanio militare e non si perfeziona il passaggio al demanio civile e ad ENAC.

4.2. - Nella fattispecie, sottolinea l'appellante ENAC, i principi di evidenza pubblica di derivazione comunitaria sarebbero stati rispettati perché i provvedimenti concessori annullati pongono quale esplicita condizione che l'operatore economico – che ottiene un vantaggio concorrenziale – sia selezionato tramite procedura ad evidenza pubblica dal soggetto attuatore dell'accordo, ossia Regione Lazio/ARES 118, come di fatto è avvenuto con la gara impugnata con motivi aggiunti.

5.- La Regione Lazio, con autonomo appello, dopo aver illustrato le ragioni del proprio interesse in questa causa in qualità di ente che ha indetto la gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio medico di emergenza in elicottero su delega di ARES 118, ha eccepito il difetto di legittimazione attiva e di interesse di Elitaliana S.r.l., essendo scadute nel 2016 le concessioni in suo favore presso gli aeroporti di Latina e Viterbo senza possibilità di rinnovo, ex art. 19, comma 4 del Regolamento ENAC, e la contraddittorietà della sentenza appellata che non ha pronunciato sull'eccezione di inammissibilità, pur accogliendo il ricorso di Elitaliana S.r.l..

Quanto alle motivazioni dell'accoglimento, la Regione eccepisce che la contestazione circa l'inapplicabilità dell'art. 5, comma 6, D.lgs. n. 50/2016 è stata mossa per la prima volta con i motivi aggiunti, con cui veniva impugnato il bando di gara regionale e, pertanto, in difetto di qualsivoglia attinenza con l'atto impugnato.

5.1. – Nel merito, la Regione sostiene che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, nella concessione in questione si realizzerebbe pienamente la “cooperazione tra amministrazione aggiudicatrice ed ente aggiudicatore finalizzata a garantire i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere nell’ottica di conseguire gli obiettivi che hanno in comune”.

5.2. - La Regione censura la sentenza nella parte in cui ha accolto il secondo motivo aggiunto formulato da Elitaliana S.r.l. ritenendo erroneamente che la lex di gara abbia determinato una indifferenziata sottrazione del servizio de quo all’IVA, senza tenere conto delle due componenti della base d’asta, che invece al paragrafo 2 del Disciplinare di gara sono distinte ai fini del regime IVA.

Peraltro, la problematica in questione attiene alla fase esecutiva del rapporto e non è idonea a “rendere di fatto impossibile la formulazione stessa dell’offerta”, tanto che hanno partecipato alla gara 3 operatori, tra cui la stessa Elitaliana S.r.l.

Il motivo sarebbe doppiamente inammissibile, sia perché riguardando la fase esecutiva del rapporto non appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, sia perché il presunto vizio non consente la legittima impugnazione di un bando di gara.

5.3.- Anche l’accoglimento del terzo motivo aggiunto di Elitaliana s.r.l. sarebbe erroneo, in quanto dal Capitolato di gara, Allegato B, e dal Regolamento dello scalo di Roma Urbe (punto 2.1) emerge che è possibile individuare nella fascia oraria richiesta uno spazio idoneo dove effettuare il servizio (il Regolamento dello scalo di Roma Urbe alla voce “traffico consentito” prevede che il volo a vista notturno è consentito ai soli elicotteri e la torre di controllo non è necessaria per tale tipo di volo, data l’assenza di altro tipo di traffico nelle ore notturne).

Sul punto della congruità della base d’asta anche per profili attinenti l’organizzazione e operatività del servizio H24 non è stata sollevata alcuna contestazione dagli altri concorrenti.

5.4. - Infine, la sentenza andrebbe annullata perché pronunciata in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 74 c.p.a., nonostante non sussistano i presupposti per ritenere “manifestamente fondata l’impugnazione”.

6.- Analoghe censure e argomentazioni svolge ARES 118.

7.- Ritiene il Collegio che si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado, essendo gli appelli fondati nel merito.

7.1.- Preliminarmente, va rilevato che le concessioni dei beni demaniali, non sono qualificabili come “concessione di servizi” in quanto non ricorrono gli elementi costitutivi del contratto di concessione di

servizi come definito dall'art. 3, comma 1, lett. vv, del d.lgs. n. 50 del 2016 ("contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi").

Tuttavia, anche le concessioni di beni demaniali, in quanto rivestono rilevanza economica poiché idonee a fornire un'occasione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, soggiacciono ai principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti.

Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali.

7.2. - La giurisprudenza, in più occasioni, si è pronunciata nel senso dell'obbligo di attivazione di procedura competitiva in ipotesi di concessioni di beni del demanio marittimo e aeroportuale, pena l'introduzione di una barriera all'ingresso al mercato e conseguente lesione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (cfr. C.d.S., sez. IV, 16/02/2021, n.1416; C.d.S., Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2013, n. 5; Sez. V, 31.5.2011, n. 3250; sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; TAR Lazio, sez. III, sez. III, 08/01/2016, n. 188 e sez. III ter, n. 11405/2014 e n. 5499/2015).

Il rilascio e la variazione della concessione devono avvenire nel rispetto delle direttive comunitarie in materia, sulla scorta delle sentenze della Corte di Giustizia (cfr. sentenza 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15 sul contrasto con l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 e con l'art. 49 TFUE, relativi ai servizi nel mercato interno e sull'invalidità di norme nazionali che prevedano proroghe automatiche in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; C.d.S., Sez. V, 11 giugno 2019, n. 3912).

Anche la Corte Costituzionale, con sentenza n. 40 del 24 febbraio 2017, ha ritenuto, con riguardo alla disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi, che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, "assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale" (cfr. anche sentenza Corte Costituzionale n. 213 del 2011).

7.3. – Più specificamente, per quanto riguarda le aree del demanio aeronautico, ai sensi del D.lgs. n. 96/2005, che ha modificato il codice della navigazione introducendo una disciplina dei beni del demanio aeronautico e, in particolare, ex art. 693 cod nav. (Assegnazione dei beni del demanio aeronautico) "i beni del demanio aeronautico di cui alle lettere a) e b) del primo comma dell'art. 692 sono assegnati all'ENAC in uso gratuito ai fini dell'affidamento in concessione al gestore aeroportuale".

Ex art. 704 del cod. nav. la concessione dell'intera area aeroportuale al gestore aeroportuale è effettuata a seguito di gara ad evidenza pubblica.

La norma deve ritenersi applicabile, per coerenza logico-giuridica, anche all'affidamento di porzioni dell'area aeroportuale per lo svolgimento di servizi di pubblico interesse ad opera di soggetti economici affidatari.

Il regolamento ENAC pubblicato il 18.11.2014, titolo IV, agli artt. 18 e 19 (disposizioni finali) prevede, difatti, che le concessioni dei singoli beni del demanio civile aeronautico rilasciate da ENAC avvengono con selezioni pubbliche, nel rispetto dei criteri di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, in ragione della funzionalità dei beni specificata da ENAC (cfr. doc all. 4 appello di ENAC).

7.4. - Tuttavia, come deduce l'ENAC, la specialità del caso in esame va considerata sotto un duplice profilo.

7.5. - In primo luogo, va tenuto adeguatamente conto della non ancora intervenuta definitiva assegnazione delle aree di sedime degli aeroporti militari di Latina e Viterbo ad ENAC;

alcune aree militari dell'aeroporto di Viterbo sono state trasferite alla Direzione Generale Aviazione Civile, le cui competenze sono transitate ad ENAC, con verbali di consegna del 18.11.1964 e, alcune aree dell'aeroporto di Latina sono state trasferite con verbali del 18.12.1985 e del 5.6.1986, solo a titolo provvisorio, rientrando ancora formalmente nel demanio pubblico aeroportuale militare.

A decorrere dal 1 luglio 1997, la ex Direzione Generale dell'Aviazione Civile, prima, e l'ENAC, dopo, hanno gestito tali aree affidando le stesse a soggetti privati attraverso rapporti concessori che ne stabilivano condizioni d'uso, obblighi e durata.

Tra questi si annoverano anche i rapporti concessori, più volte rinnovati, in favore di Elitaliana S.r.l., scaduti definitivamente nel 2016.

Come rileva lo stesso ENAC, con nota del 2.12.2019 indirizzata allo Stato maggiore della Difesa, al Ministero Infrastrutture e Trasporti e al Ministero della Difesa, la modalità di gestione mediante prorogatio di rapporti scaduti è incompatibile col nuovo quadro normativo eurocomunitario e con le norme regolamentari che in applicazione di tali principi ENAC si è data.

Si afferma in tale nota che il carattere di provvisorietà del trasferimento delle aree di cui trattasi impedirebbe ad ENAC una regolare gestione delle concessioni in quanto "non consente di fornire ai concessionari le adeguate garanzie di durata, e non solo, della concessione medesima".

Fino all'assegnazione definitiva degli scali ad ENAC, possono essere svolte nei due aeroporti in questione unicamente attività di pubblica necessità compatibili con le esigenze operative delle Forze armate.

L'ENAC, ad oggi, non essendo ancora assegnataria definitiva dei beni del demanio militare aeronautico (non più funzionali a fini militari e da destinare all'aviazione civile di cui al comma 3 dell'art. 704 cod. nav.) e, dunque, non essendo gestore diretto di dette aree, non potrebbe procedere ad affidamenti mediante gara di servizi per la loro valorizzazione commerciale (cfr. artt. 18 e 19 del Regolamento ENAC).

I provvedimenti di concessione in esame ad ARES 118, così come le passate concessioni, sono stati previamente assentiti dallo Stato maggiore dell'Aeronautica con nota del 20.12.2019.

7.6. - Sotto altro profilo, nel caso in esame, non può trascurarsi che la concessione di porzione del sedime aeroportuale in favore della ARES 118 si caratterizza come concessione di area demaniale ad un ente pubblico, prodromica all'affidamento del servizio pubblico di HEMS da parte della stessa Azienda regionale ad operatori economici da selezionare mediante gara.

Come correttamente evidenziano le appellanti, ARES 118, soggetto giuridico responsabile nel Lazio per il servizio di elisoccorso ex art. 4 l.r. 9/2004, ha assunto l'impegno ad espletare la gara per l'affidamento del servizio di elisoccorso (come, di fatto, è avvenuto tramite il bando della regione Lazio impugnato), servizio che ha sicuramente quella valenza economica che comporta l'applicazione del diritto della concorrenza.

I principi e le regole dell'evidenza pubblica per la successiva valorizzazione economica delle aree, come prevede la normativa di settore, non sono stati, dunque, obliterati.

7.7. – Tanto premesso, ritiene il Collegio che, in considerazione delle loro caratteristiche, gli affidamenti in esame di aree di sedime presso gli aeroporti militari di Latina e Viterbo ad ARES 118 ben possono inquadarsi nella categoria giuridica dell'accordo tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della L. 241/1990 e dell'art. 5, comma 6, D.lgs. n. 50/2016.

7.8. - L'art. 15 della L. 241/1990 consente alle amministrazioni pubbliche di concludere tra loro accordi per disciplinare "lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

Si ravvisa l'interesse comune a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico tutte le volte in cui la funzione o il servizio è comune agli Enti, ma anche allorché, più in generale, si realizzi una collaborazione istituzionale per lo svolgimento di attività di interesse pubblico comuni e sempre che le attività non abbiano natura patrimoniale ed astrattamente reperibile presso privati.

Il contenuto e la funzione elettiva degli accordi tra pubbliche amministrazioni è, pertanto, quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti.

Così chiarisce la giurisprudenza di questo Consiglio: “qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico, ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C 305/08, prestatore di servizi ex all. IIA e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi (cfr. in particolare i Par.Par. 27 - 29 della sentenza di rinvio)....(omissis)

Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune.

Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate.” (C.d.S. Sez. V, 15/07/2013, n.3849).

L'accordo di cui all'art. 15 della L. 241/1990 deve, dunque, riguardare l'acquisizione di attività erogata da struttura non solo pubblica, ma anche (e soprattutto) priva di alcuna connotazione imprenditoriale, nell'ampia accezione delineata dall'ordinamento europeo (cfr. C.d.S. Sez. III, 25/01/2012, n. 324; Sez. V, n. 4539/2010).

L'“interesse comune” tra le due pubbliche amministrazioni esclude che l'una intenda avvalersi delle prestazioni dell'altra dietro pagamento di un corrispettivo (Consiglio di Stato sez. V, 15/07/2013, n.3849 sez. V, 16/09/2011, n.5207).

7.9. – L'art. 5, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016 esclude l'accordo concluso esclusivamente tra due amministrazioni dall'applicazione del codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

“a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione”.

7.10. – In particolare, quanto alla sussistenza di “obiettivi in comune” (essendo palesemente configurabili le condizioni di cui alle lett. b) e c) richiamate) il giudice di primo grado ha escluso che nella fattispecie sia possibile ritenere che l’ENAC partecipi all’interesse pubblico tutelato dall’affidataria delle aree.

Il Collegio, ai fini del corretto inquadramento della fattispecie, richiama gli enunciati della Corte di Giustizia UE che ha precisato in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici (Corte giustizia UE sez. IV, 28/05/2020, n.796).

Afferma la Corte che “le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare.

Tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico.

I servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari.

Tale chiarimento dovrebbe essere guidato dai principi di cui alla pertinente giurisprudenza della [Corte]. Il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche.

Si dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

I contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva, a condizione che siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici, che l'attuazione di tale cooperazione sia dettata solo da considerazioni legate al pubblico interesse e che nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Al fine di rispettare tali condizioni, la cooperazione dovrebbe fondarsi su un concetto cooperativistico. Tale cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di

eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione. Inoltre, l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse”.

La nozione di «cooperazione» è al centro del meccanismo di esclusione previsto dall'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, trasfuso dal legislatore nazionale nella disposizione dell'art. 5, comma 6, del D.Lgs 50/2016.

La Corte precisa ancora che, in assenza di una nozione comunitaria di “cooperazione”, va valorizzata dall'interprete la circostanza che “l'intenzione del legislatore dell'Unione fosse quella d'instaurare un meccanismo basato su una cooperazione non autentica o d'ignorare l'effetto utile della cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici, occorre rilevare che il requisito di «un'autentica cooperazione» emerge dalla precisazione, enunciata al considerando 33, terzo comma, della direttiva 2014/24, secondo cui la cooperazione deve «fondarsi su un concetto cooperativistico». Una siffatta formulazione, all'apparenza tautologica, deve essere interpretata nel senso di rinviare al requisito di effettività della cooperazione così stabilita o attuata.

29. Ne consegue che la partecipazione congiunta di tutte le parti dell'accordo di cooperazione è indispensabile per garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati e che tale condizione non può essere considerata soddisfatta qualora l'unico contributo di talune controparti contrattuali si limiti a un mero rimborso spese”.

Inoltre, precisa ancora la Corte che “la conclusione di un accordo di cooperazione tra enti nell'ambito del settore pubblico deve costituire la conclusione di un'iniziativa di cooperazione tra le parti di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania, C-480/06, EU:C:2009:357, punto 38). L'elaborazione di una cooperazione tra enti nell'ambito del settore pubblico presenta, infatti, una dimensione intrinsecamente collaborativa, che è assente in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico rientrante nelle norme previste dalla direttiva 2014/24.”.

8.- Ritiene il Collegio che, alla luce delle coordinate ricavabili dalla interpretazione delle norme anche a livello comunitario, analizzato il contesto e i contenuti delle concessioni in esame, sia possibile concludere che gli affidamenti ad ARES 118 si caratterizzano come accordi tra soggetti pubblici essenziali e funzionali all'interesse pubblico al migliore espletamento del servizio di pubblica necessità HEMS, nel preminente interesse alla salute e, nel contempo, compatibilmente con l'interesse pubblico all'utilizzo di aree del demanio militare per funzioni esclusivamente pubbliche, nell'interesse all'ordinato svolgimento del trasporto aereo.

8.1. - Dagli atti di concessione risulta che le aree devono utilizzarsi come basi operative per lo svolgimento di attività di elisoccorso, con l'espressa condizione dell'espletamento da parte della Regione di una procedura di gara pubblica finalizzata all'individuazione del soggetto che fornirà il servizio di elisoccorso, nei limiti di durata parametrati alla durata del contratto di servizio previsto dalla suddetta procedura di

gara - 5 anni come da bando pubblicato, eventualmente rinnovabili e l'ARES dovrà comunicare ad ENAC il soggetto aeronautico individuato per l'effettuazione dell'attività di elisoccorso, che dovrà rispettare tutti i requisiti certificativi e operativi previsti e sarà sottoposto alla vigilanza di ENAC.

Dunque, l'attività economica che andrà a svolgersi sulle aree demaniali in questione sarà oggetto di affidamento mediante gara nel rispetto delle regole di concorrenza.

8.2. - Il servizio HEMS è finalizzato ad assicurare il tempestivo intervento di soccorso per garantire l'incolumità e la tutela delle funzioni vitali delle persone che, per condizioni sanitarie e/o ambientali, necessitano di un urgente intervento di soccorso tecnico e sanitario, nonché l'eventuale trasporto assistito al presidio ospedaliero idoneo a consentire nel modo più rapido e razionale l'intervento diagnostico - terapeutico.

Si tratta, dunque, di servizio integrato di soccorso sanitario, reso da personale del Servizio sanitario nazionale, con quello tecnico "urgente" mediante elicottero (C.d.S., sez. III, 22/02/2018 n.1132).

Il servizio presuppone la disponibilità di ben individuate aree di sedime, anche ai fini della legittimità della gara di affidamento del servizio, come rilevato dal TAR per il Lazio con le sentenze n. 3682/2020 e n. 3683/2020 del 27.3.2020 che hanno annullato il precedente bando del 2019 in quanto non abbastanza chiaro, secondo il TAR, come sarebbero state messe a disposizione le basi HEMS "avvantaggiando in maniera illegittima l'attuale gestore del servizio".

L'ARES 118 è il soggetto istituzionalmente deputato a curare "la gestione e il coordinamento dell'attività di elisoccorso" (ex art. 4 L.r. n. 9/2004).

Tenuto conto delle funzioni istituzionali di ENAC (organo istituzionalmente preposto proprio alla tutela della sicurezza negli aeroporti e di controllo nel settore dell'aviazione civile), nonché considerata la specifica destinazione conferita da ENAC e dall'Autorità militare alle aree del demanio aeroportuale di Latina e Viterbo, come sopra detto, unicamente per finalità pubbliche compatibili con le esigenze delle attività delle Forze Armate, ritiene il Collegio che le concessioni configurano una collaborazione tra i due soggetti pubblici ai sensi dell'art. 15 della l. 241/1990 e dell'art. 5, comma 6, D.lgs. n. 50/2016.

8.3.- Non rappresenta un ostacolo alla configurazione "dell'interesse comune" la circostanza che l'apporto collaborativo o i servizi forniti dalle amministrazioni non siano identici, bensì complementari.

Non può condividersi l'interpretazione del primo giudice secondo cui l'"interesse comune" dovrebbe escludersi perchè ENAC sarebbe del tutto estraneo all'esercizio dell'attività dedotta in convenzione.

L'ENAC non può dirsi del tutto estraneo al complesso interesse pubblico sotteso al servizio HEMS; svolge un ruolo certamente differente rispetto ad ARES 118, ma essendo l'Autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, preposta al rilascio di concessione delle aree per le basi di elisoccorso, ha certamente interesse all'ordinato svolgimento delle attività HEMS di cui fanno parte anche le attività di trasporto mediante elicottero, tanto da regolamentarne le infrastrutture a servizio (cfr. Regolamento ENAC del 22.12.2016 " Infrastrutture a servizio delle attività HEMS") e regolamentare l'operatività del servizio (equipaggio, tempi di servizio, orari etc.).

Da qui può desumersi una dimensione intrinsecamente collaborativa tra i due enti pubblici.

Ulteriore elemento sintomatico della "collaborazione" intercorsa tra i vari enti pubblici coinvolti si trae dalla nota del Direttore centrale Economia e Vigilanza Aeroporti ENAC indirizzata a vari uffici interni (Direzione Aeroportuale Lazio, Direzione Generale, Direzione Centrale Vigilanza Tecnica, etc.) oltre che alla Regione e all'ARES 118, in data 24 gennaio 2020, da cui si desume che, sin dal dicembre 2019, è in atto un'interlocuzione con lo Stato Maggiore dell'Aeronautica allo scopo di "fornire il supporto alla Regione per le finalità di pubblico interesse in parola" e l'iter di valutazione del passaggio definitivo dei sedimi in argomento alla Regione richiedente (doc. 19 prodotto in giudizio da ARES 118 unitamente al proprio atto di appello).

8.4. - Sotto il profilo del carattere oneroso della concessione, va rilevato che nessuna concreta utilitas di tipo economico ritrae ARES 118 dalla concessione; e, d'altra parte, ENAC percepisce solo un canone compensativo per l'uso speciale del bene, che non può qualificarsi "utile" in senso tecnico, quale risultato di una prestazione di tipo imprenditoriale.

Va ricordato, difatti, che l'attività economica sarà quella tecnica di elisoccorso, oggetto della successiva fase di individuazione dell'operatore economico che effettuerà le prestazioni in favore di terzi su concessione del servizio da parte di ARES 118.

Pertanto, gli affidamenti delle aree ad ARES 118, nati dalla necessità, al contrario, di consentire il corretto svolgimento della concorrenza nella scelta del contraente che opererà il servizio di elisoccorso, non determinano alcuna distorsione della concorrenza nei confronti degli operatori economici privati.

L'ENAC, nell'attuale contesto, non ha attribuito ad ARES 118 alcun vantaggio economico rispetto ad altri operatori con cui potrebbe essere in concorrenza, il che solo richiederebbe il ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica (Corte giustizia UE sez. IV, 18/06/2020, n.328; C.d.S. sez. II, 22/04/2015, n.1178).

9.- Conclusivamente, i motivi di appello sul punto, meritano accoglimento.

10.- Fondato è anche il motivo di appello con cui ARES 118 e la Regione Lazio deducono l'erroneità e ingiustizia del capo di sentenza che ha accolto il ricorso per motivi aggiunti con cui Elitaliana S.r.l. censurava

l'art. 2 del Disciplinare della gara indetta dalla Direzione Centrale Acquisti della Regione Lazio su delega di ARES, il cui bando è stato pubblicato sulla GUCE il 13.10.2020.

La sentenza ha ritenuto illegittima la lex di gara per aver sottratto all'IVA alcune prestazioni di trasporto sanitario che, invece, vi sarebbero assoggettate.

Ad avviso delle appellanti, il motivo è stato travisato dal TAR e, comunque, vengono in rilievo questioni di puro diritto soggettivo di natura patrimoniale, la cui cognizione spetterebbe al giudice ordinario.

10.1. - Sulla questione va, preliminarmente, ritenuta la giurisdizione amministrativa, trattandosi di motivo che concerne la correttezza delle modalità di determinazione della base d'asta e la conseguente chiarezza delle regole che presiedono alla formulazione delle offerte da parte dei concorrenti e l'utile partecipazione alla gara (Consiglio di Stato sez. III, 07/06/2021, n.4295).

10.2. - Il TAR ha, effettivamente, travisato la censura proposta da Elitaliana S.r.l., in violazione dell'art. 112 c.p.c., giungendo a conclusioni non condivisibili.

La ricorrente aveva contestato il disciplinare per aver considerato "esente IVA il servizio di tenuta a disposizione degli elicotteri connesso ai servizi di volo per trasporto malati/feriti e costretto i concorrenti a formulare un'offerta fiscalmente irregolare e sottoposta ad un'alea tale da rendere di fatto impossibile la formulazione stessa dell'offerta, in violazione dell'art. 10 DPR n. 633/1972, nonché per violazione dell'art. 132 della direttiva n. 2006/112/CE".

Il motivo di appello è fondato.

La censura concerne esclusivamente se sia dovuta l'IVA sulla prestazione della messa a disposizione degli elicotteri e delle basi, attività diversa dal volo effettivo e funzionale tanto al trasporto dei malati/feriti (esente IVA), quanto al trasporto di sangue/organi (imponibile IVA).

10.3. - Sul punto Elitaliana S.r.l. aveva dedotto che la soluzione prescelta dal disciplinare era foriera di conseguenze rilevanti nel contesto della gara perché se il servizio è ritenuto interamente imponibile IVA sarebbe possibile per l'aggiudicatario la detrazione dell'imposta corrisposta ai propri fornitori per tutti gli acquisti e servizi strumentali alla gestione del servizio; nel caso contrario, l'IVA graverebbe sull'aggiudicatario quale "consumatore finale".

Quantitativamente tale componente fissa del servizio assume un valore rilevante, ben maggiore rispetto alla componente variabile rappresentata dalle ore volate.

L'Agenzia delle Entrate, in situazioni analoghe, avrebbe ritenuto che si applichi l'aliquota IVA al 20% per il canone fisso riguardante la messa a disposizione dei mezzi e delle strutture, mentre l'esenzione, ove prevista in relazione al tipo di trasporto, vada ristretta alle ore di volo effettive.

Secondo la ricorrente Elitaliana S.r.l., sarebbe elusiva della normativa tributaria una base d'asta determinata in modo da considerare attratta nel regime di esenzione anche un'attività oggettivamente diversa quale la tenuta a disposizione degli aeromobili.

Tra l'altro, non sarebbe possibile stabilire ex ante se la messa a disposizione dei velivoli sia funzionale a prestazioni esenti da IVA o assoggettate al tributo, ma solo sulla base dei dati a consuntivo.

Sul punto, in via subordinata, la ricorrente aveva chiesto la rimessione alla Corte di Giustizia UE del quesito circa la compatibilità con l'art. 132 della direttiva n. 2006/112/CE della totale esenzione IVA prevista per il trasporto di malati/feriti anche per la "tenuta a disposizione degli aeromobili", nonostante che la medesima attività sia funzionale pure all'attività di trasporto sangue/organi, attività imponibile IVA.

10.4. - Il Collegio ritiene che le appellanti abbiano applicato la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate di Roma sugli specifici quesiti controversi proprio nel rapporto concessorio intercorso con Elitaliana S.r.l. (prot. 3056/2016 del 15.2.2016– doc. 26) e altre risoluzioni ivi citate (16.6.2006, n. 83/E e 114/E del 2000), in cui si afferma che la messa a disposizione del mezzo di soccorso e del personale potrà beneficiare dell'esenzione IVA di cui all'art. 10 punto 15 del DPR 633/1972 solo nel caso in cui la stessa sia finalizzata esclusivamente al trasporto di malati e feriti e lo stazionamento è essenziale e logisticamente preordinato al detto trasporto.

Viceversa, lo stesso stazionamento a terra costituirà operazione imponibile con aliquota ordinaria ove preceda un'attività non finalizzata al trasporto di malati o feriti.

Questo criterio è stato utilizzato nel Disciplinare di gara.

La messa a disposizione degli aeromobili e la gestione operativa delle basi non sono prestazioni autonome e inscindibili rispetto alla prestazione principale, consistente nel servizio di soccorso o di trasporto sanitario, per cui appare logicamente corretto, come d'altra parte ritenuto dall'Agenzia delle entrate, che il regime dell'IVA sia quello del servizio cui le prestazioni predette sono funzionali (cfr. Corte UE 25.2.1999 causa C-349/96, punti 28 e 29; 19.7.2012, causa C-44/11 punto 18).

10.5. - D'altra parte, i concorrenti erano messi al corrente dalla lex di gara degli oneri tributari conseguenti alla componente fissa del servizio, formulati e calcolati in questi termini, con la conseguenza che il calcolo della convenienza economica dell'offerta era certamente possibile ex ante al fine della formulazione di una offerta congrua.

11.- Fondata è anche la censura con cui si lamenta l'erroneo accoglimento del motivo aggiunto concernente l'irragionevole previsione della lex di gara di garantire il servizio 24 ore su 24, nonostante che la base posta all'interno dell'aeroporto Roma Urbe non fosse utilizzabile nelle ore notturne di chiusura dell'aeroporto, nonché per aver impedito alle concorrenti di offrire altre basi nella loro disponibilità.

11.1. - Dal Regolamento dell'Aeroporto Roma Urbe (ordinanza ENAC 15/2011 - all. 28) si evince che nelle ore notturne l'aeroporto sarà utilizzabile per gli elicotteri fino alle ore 22 (punto 2.7).

Tuttavia, il riferimento è agli elicotteri in generale, mentre è in facoltà di ENAC disporre l'apertura dello scalo oltre i normali orari per specifiche e prioritarie necessità quali quelle di assicurare l'operatività notturna del servizio di elisoccorso.

A norma dell'art. 687 del codice della navigazione, l'ENAC, nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonché fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile.

Dunque, rientra nelle sue funzioni la regolamentazione tecnica e la modifica delle procedure attinenti ai servizi aeroportuali (art. 2 del Decreto legislativo del 25/07/1997 - n. 250).

E difatti, con nota del 13.3.2021 prot. 5792 (doc 2 depositato da ARES 118 il 24.6.2021) ENAC ha chiarito, su specifico quesito posto dall'Azienda, le opzioni possibili (da concordare con l'aggiudicatario) al fine di rendere possibile e adeguare lo scalo al volo notturno dei mezzi per elisoccorso.

12. - Infondato è l'appello incidentale di Elitaliana S.r.l. nella parte in cui ritiene violato il proprio diritto scaturente dalle concessioni a suo tempo assentite.

Gli atti di concessione in favore di Elitaliana S.r.l. del 2014 avevano durata biennale, espressamente non rinnovabili alla scadenza, salva la facoltà di ENAC di accordare una proroga per ragioni di pubblico interesse, ed ENAC ha, di fatto, consentito l'utilizzo del bene demaniale successivamente alla scadenza, per evidenti ragioni di pubblico interesse alla non interruzione del servizio di elisoccorso, nelle more dell'affidamento del bene con procedure di gara, come preannunciato nelle note del 29.3.2016 con cui veniva richiesto alla concessionaria il pagamento del canone aggiornato (docc. 25 e 26 produzione della ricorrente in I grado).

La circostanza che, successivamente, a seguito delle intese intercorse con la Regione Lazio, l'ENAC abbia determinato di affidare le aree alla ARES 118, nell'ottica collaborativa per il raggiungimento dell'obiettivo di rendere possibile il miglior espletamento della gara per l'affidamento del servizio pubblico HEMS, non può interpretarsi come comportamento illegittimo posto che le concessioni ad Elitaliana S.r.l. erano già scadute

e l'utilizzazione delle aree, di fatto, è stata consentita solo il tempo strettamente necessario all'individuazione di nuovo concessionario.

12.1.- Tale individuazione non è, poi, avvenuta mediante procedura di evidenza pubblica (come preannunciato da ENAC) per le ragioni sopra ampiamente illustrate.

E' sempre possibile per le pubbliche amministrazioni concludere accordi per la realizzazione di obiettivi comuni, sottratti all'evidenza pubblica, senza che tale diversa scelta, se legittimamente assunta, possa determinare contraddittorietà con precedenti provvedimenti, né tanto meno interpretarsi come "espropriazione" ai danni del precedente concessionario delle basi allestite per il servizio di elisoccorso e delle opere a tal fine realizzate, senza preavviso e senza proposta di pagamento del valore di subentro, come afferma erroneamente Elitaliana S.r.l..

12.2.- Va osservato, in contrario, che gli atti di rinnovo delle concessioni del 2014 (docc. 11 e 12 della produzione di primo grado della ricorrente) specificavano alla lettera o) l'obbligo della società di restituire in pristino stato l'area con relativi oneri a proprio carico al cessare della concessione "per qualsiasi causa", fatta salva la facoltà di ENAC di ritenere gratuitamente ai sensi dell'art. 49 del cod. nav. le eventuali opere non amovibili costruite sul demanio, senza che spetti alla Società alcun compenso o rimborso.

Peraltro, il preavviso del perfezionamento in corso della concessione ad ARES 118 è stato comunicato da ENAC ad Elitaliana S.r.l. in data 20 febbraio 2020; nessuna garanzia partecipativa era dovuta, in ogni caso, essendo Elitaliana S.r.l. ben a conoscenza della intervenuta scadenza dei titoli, della non rinnovabilità degli stessi, e che era in atto solo un regime di prorogatio.

Non è, pertanto, fondata neppure l'ulteriore censura concernente lo sviamento di potere.

13.- Non merita accoglimento neppure il motivo di appello incidentale con cui Elitaliana S.r.l. lamenta l'erroneo rigetto del motivo concernente la mancata manifestazione da parte dell'ENAC della volontà di acquisizione delle opere non amovibili, essendo prevista, a suo avviso, negli atti di concessione, una deroga alla regola della devoluzione automatica al demanio di cui all' art. 49 cod. nav., secondo cui l'acquisizione delle opere avrebbe costituito oggetto di una facoltà dell'Amministrazione.

La ricorrente aveva anche dedotto la rimovibilità dell'hangar, attestata dalla relazione tecnica allegata al ricorso, censura che il TAR non avrebbe considerato.

13.1. - Il Collegio osserva che, ai sensi dell'art. 49 cod. nav., la devoluzione al demanio delle opere inamovibili costituisce un effetto legale automatico, senza necessità di alcuna manifestazione di volontà da parte della P.A., al termine del periodo di concessione (C.d.S., sez. VI, 03/12/2018, n.6852 e 14.10.2010 n. 7505; Cass. Civ., sez. III, 24.3.2004, n. 5842 e sez. I, 5.5.1998, n. 4504), salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione.

Di conseguenza, all'atto di acquisizione dell'Amministrazione, ove adottato, dovrebbe riconoscersi efficacia meramente dichiarativa (e non costitutiva) di un effetto che si produce ex lege sulla base della sussistenza dei presupposti di fatto (inamovibilità delle opere), secondo il noto schema norma-fatto-effetto (C.d.S. Sez. V, 7.2.2018, n. 800).

La norma attribuisce all'Amministrazione concedente la facoltà di ordinare la demolizione delle opere inamovibili senza alcun compenso o rimborso e, in questo caso, ove il concessionario non esegua l'ordine di demolizione, l'A. può provvedervi d'ufficio.

13.2. - Dall'esame degli atti di concessione ad Elitaliana s.r.l. del 2014 non emerge alcuna volontà dell'Amministrazione di voler escludere l'effetto acquisitivo allo scadere della durata delle stesse, in deroga all'art. 49 cod. nav.

Semmai, la clausola o) degli atti di concessione prevede l'inversione della regola della demolizione a richiesta dell'Amministrazione, prescrivendo, al contrario, che al termine della concessione "per qualunque causa" il concessionario deve procedere alla rimessione in pristino del demanio, ovvero alla demolizione dei manufatti inamovibili, salvo che l'Amministrazione non eserciti la "facoltà" di ritenerli gratuitamente.

13.3. – Peraltro, quanto al carattere inamovibile delle opere, presupposto della devoluzione al demanio del bene, oggetto di contestazione, si tratta di caratteristica confermata dalla stessa Elitaliana S.r.l., in tempi non sospetti, allorchè con la comunicazione del 23.11.2016 prot. 565/2016 (allegato 11 prodotto da ARES in data il 16.11.2020) la stessa ricorrente, rispondendo a specifico quesito dell'ENAC, affermava che "i manufatti realizzati a proprie spese sono non amovibili" e nel contempo invitava l'ENAC a riconoscerle la priorità nell'utilizzo delle aree di sedime aeroportuale, diffidandola dal procedere con la preannunciata procedura di evidenza pubblica.

In ogni caso, la questione concernente il carattere inamovibile o meno dei manufatti, da cui dipende la lesione della proprietà privata, andrebbe proposta dinanzi al giudice ordinario, trattandosi dell'accertamento dei presupposti da cui dipende l'estinzione della proprietà privata ex lege e la conseguente acquisizione al demanio (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 800/2018).

Come rilevato dal primo giudice, non vale, in senso contrario, richiamare la natura esclusiva della giurisdizione amministrativa sulle concessioni di beni (salvo le controversie relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi), atteso che non viene qui in contestazione il rapporto concessorio, che risulta, come già detto, scaduto per decorrenza del termine di durata.

14. – Va, infine, rigettata l'ultima censura con cui Elitaliana S.r.l. lamenta che la decisione della stazione appaltante di imporre agli offerenti di utilizzare necessariamente per il servizio, ove risultassero aggiudicatari, le basi ivi previste sarebbe limitativa dell'autonomia imprenditoriale oltre che pregiudizievole per l'interesse pubblico.

Sul punto, è sufficiente ricordare che con le sentenze n. 3682/2020 e n. 3683/2020 del 27.3.2020 del TAR Lazio, che avevano annullato la precedente gara per l'affidamento del servizio di elisoccorso, era stata censurata proprio la mancata individuazione delle basi con certezza e chiarezza e che per conformarsi a tali decisioni la Regione si era attivata a richiedere le concessioni demaniali di cui si discute, in vista della indizione di nuova gara emendata dai vizi riscontrati nella precedente.

Non appare, pertanto, censurabile la scelta della Regione di individuare preventivamente le basi per gli elicotteri in funzione del miglior espletamento della gara, senza che tale scelta sia lesiva della libertà imprenditoriale.

15.- In conclusione, gli appelli vanno accolti e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata vanno dichiarati legittimi gli atti impugnati in primo grado.

16.- Va respinto per infondatezza l'appello incidentale.

17.- Le spese di entrambi i gradi di giudizio si possono compensare tra le parti, in considerazione della complessità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando riunisce gli appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a. e li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata dichiara legittimi gli atti impugnati; rigetta l'appello incidentale di Elitaliana S.r.l.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Nocelli, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Paola Alba Aurora Puliatti

Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO