

Publicato il 08/08/2019

N. 05623/2019REG.PROV.COLL.
N. 07989/2015 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso NRG 7989/2015, proposto da Rete ferroviaria italiana - RFI s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Umberto Cossu e domiciliata presso la Segreteria di questa VI Sezione in Roma, p.za Capo di Ferro n. 13,

contro

il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - MIT, e l'Autorità portuale di Olbia, Golfo Aranci e Porto Torres, 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,

per la riforma

della sentenza del TAR Sardegna, sez. I, n. 754/2015, resa tra le parti e concernente il diniego di applicazione del canone demaniale ricognitorio per l'occupazione di aree del porto di Golfo Aranci;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimiate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 29 novembre 2018 il Cons. Silvestro

Maria Russo e uditi, per le parti, l'avv. Cossu e gli Avvocati dello Stato Paola De Nuntis e Federico Basilica;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La RFI s.p.a., corrente in Roma, società del Gruppo FS, dichiara d'esser l'impresa responsabile della gestione e della manutenzione della rete ferroviaria nazionale in forza di concessione statale;

Detta Società rende noto altresì d'esser titolare d'un rapporto concessorio demaniale, un tempo già intestato all'Ente Ferrovie dello Stato, nell'area portuale di Golfo Aranci (OT) gestita dall'Autorità portuale di Olbia, Golfo Aranci e Porto Torres. Tale area corrisponde al locale scalo ferroviario marittimo.

Detta Società fa presente ancora che, all'atto dell'ultimo rinnovo della concessione (31 dicembre 2012) chiese all'Autorità portuale l'applicazione a suo favore del canone ricognitorio ex art. 39, II co., cod. nav. Tanto perché, a suo dire, l'area concessa era stata ed è adibita ad attività d'interesse pubblico, come indicato nell'art. 37 regolam. attuaz. al cod. nav. (DPR 15 febbraio 1952 n. 328. A seguito dell'ulteriore istanza di RFI s.p.a. in data 10 gennaio 2014 circa il pagamento del canone ridotto, l'Autorità portuale, con nota prot. n. 7021 del successivo 4 luglio, respinse tal richiesta e condizionò il rilascio della concessione demaniale al pagamento del canone stesso, ma per intero.

2. – Avverso tal statuizione, la RFI s.p.a. si gravò allora innanzi al TAR Sardegna, col ricorso NRG 989/2014, deducendo in sostanza che l'art. 39, II co, cod. nav. tenesse in considerazione, ai fini di tal canone concessorio, non già la natura soggettiva del concessionario, ma se la concessione perseguisse fini di beneficenza o di pubblico interesse. Quest'ultima vicenda, secondo la ricorrente, era di facile riscontro, con riferimento al

canone per l'uso dell'infrastruttura ferroviaria dovuto alla RFI s.p.a. dai vettori ferroviari.

L'adito TAR, con sentenza n. 754 del 13 maggio 2015, respinse la pretesa attorea in quanto, ai fini dell'applicabilità del canone ricognitorio, rileva solo l'attività del concessionario la quale, per essere definita di pubblico interesse, non gli deve procurare alcun lucro o provento. Sicché la percezione di proventi non occasionali, ma direttamente e stabilmente collegati all'uso del bene demaniale, elide in radice il presupposto per godere del canone ricognitorio. Tal risultato non viene meno neppure a causa dell'insufficienza di tali proventi a pareggiare il bilancio di detta Società, né dell'uso di essi per i soli scopi istituzionali.

3. – Appellò quindi la RFI s.p.a., con il ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità della sentenza gravata per non aver colto: a) l'oggetto dell'attività da essa svolta in concreto sul bene demaniale e che corrisponde ad un servizio pubblico a favore di tutti i vettori ferroviari; b) l'inconferenza dei richiami a precedenti arresti giurisprudenziali risalenti o fuori contesto; c) la ferma prassi del MIT circa gli effetti delle concessioni demaniali marittime per la rete ferroviaria; d) l'esatta dimensione dei fatti di causa.

Resistono in giudizio le Amministrazioni intimare, che concludono per il rigetto dell'appello.

Alle pubblica udienza del 29 novembre 2018, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione deal Collegio.

4. – L'appello, il quale spetta alla cognizione di questo Giudice ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. b), c.p.a., è fondato e va accolto.

4.1. – Come s'è già accennato in premessa, la RFI s.p.a. è l'impresa del Gruppo Ferrovie dello Stato che cura, in modo indipendente e separato dallo Stato che ne è azionista (artt. 4, § 1 e 7 della dir. n. 2012/34/UE e s.m.i.), la gestione imparziale (art. 7-ter della direttiva n. 34; art. 11 del D.lgs.

15 luglio 2015 n. 112) e la manutenzione della di rete ferroviaria nel territorio nazionale, in forza del titolo concessorio rilasciato con il DM n. 138-T del 31 ottobre 2000.

L'accesso dei vettori alla rete ferroviaria nazionale avviene, dietro pagamento d'un canone regolato dall'Autorità di regolazione dei trasporti - ART, in base ai principi di equità, non discriminazione e trasparenza tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario (art. 2, co. 1, lett. c del D.lgs. 112/2015), sicché il servizio reso dal gestore è un servizio pubblico. I rapporti tra detto gestore ed i vettori ferroviari e le altre imprese titolate sono disciplinati, in generale, da un apposito documento (PIR, art. 14 del D.lgs. 112/2015), che indica criteri, procedure, modalità e termini per l'assegnazione della capacità dell'infrastruttura e per l'erogazione dei servizi connessi, fornendo le informazioni in ordine alle caratteristiche della rete e sulle condizioni di accesso. Il relativo canone d'uso, che è onere gravante sui vettori e le altre imprese titolate, incorpora varie voci di costo da remunerare, tra cui quelle per i costi di investimento a medio e lungo termine, per il mantenimento e l'ampliamento della rete.

Il DM prevede, tra l'altro, il «*collegamento ferroviario via mare fra la penisola e... la Sardegna*», stabilendo a tal riguardo che questo sarebbe dovuto avvenire mediante una tratta navale tra i porti di Golfo Aranci e di Civitavecchia, si da creare un peculiare tipo di corridoio ferroviario, intermodale e virtuale, che collega l'isola col resto del territorio nazionale.

Tuttavia, i rapporti derivanti dall'uso necessario delle aree portuali di Golfo Aranci, occorrenti alle installazioni ferroviarie erano regolati, come negli altri porti nazionali, da verbali di consegna di tali spazi, redatti tra le Autorità marittime e le FS. Sicché l'uso del demanio portuale e degli specchi di acqua antistanti, da servire per la movimentazione delle navi e del materiale rotabile, era consentito allora a titolo gratuito ex art. 34 cod.

nav., in base all'art. 36 reg. nav. mar. (DPR 328/1952).

Dopo l'istituzione dell'Ente autonomo FS, ente pubblico economico, cessò il precedente rapporto paritetico tra Amministrazioni statali, tant'è che poi intervennero la regolarizzazione dei rapporti concessori marittimi e la fissazione dei canoni di concessione. Al momento del subentro di detto Ente all'Amministrazione autonoma dante causa, esso continuò a disporre di beni del demanio portuale consegnati a suo tempo a quest'ultima (cfr. Coms. St., VI, 23 ottobre 2001 n. 5585). A seguito dell'entrata in funzione della competente Autorità portuale e la presa in carico di tutti i beni un tempo consegnati, la RFI s.p.a., divenuta nel frattempo il concessionario unico gestore della rete ferroviaria nazionale (di proprietà dello Stato), fu assoggettata a concessione demaniale marittima ed al pagamento del relativo canone.

4.2. – Ciò posto, la questione controversa si riduce, dopo il rigetto dell'istanza della RFI per godere del beneficio del canone ricognitorio ex art. 39, II co., cod. nav., all'applicabilità, o meno, di esso ai soggetti concessionari di servizi pubblici di rete, ove essi ritraggano un canone per l'uso di tale rete da parte di terze imprese (vettori o soggetti titolati).

La tesi attorea, già propugnata in primo grado e qui in varia guisa ribadita, è chiarissima. I vettori ferroviari e gli altri soggetti titolati sono imprese comunque vocate al raggiungimento d'un utile di esercizio grazie all'uso della rete ferroviaria nazionale. Il gestore di quest'ultima, concessionario dello Stato operante in base al contratto di programma, riceve non già un lucro di libero mercato, bensì il canone ex art. 17, co. 1 del D.lgs. 112/2015, il quale, ai sensi degli artt. 29 e 31 della citata direttiva, grava sugli operatori sulla rete e serve a finanziare le funzioni gestorie. Il canone certo è un metodo di finanziamento stabile, ma regolato dall'ART, per l'uso della rete stessa secondo i dianzi citati e noti, ma non apprezzati dal TAR, principi

d'accesso equo, non discriminatorio e trasparente, che ispirano anche la misura di detto canone.

I canoni *de quibus* costituiscono solo una frazione del finanziamento della RFI s.p.a. e del servizio universale di gestione e mantenimento della rete, anche nelle aree marginali della Repubblica. L'art. 8, § 4), I co. della direttiva n. 34 e l'art. 16, co. 4 del D.lgs. 112/2015, ferme le regole di trasparenza finanziaria del gestore di cui al precedente art. 11-quater, stabiliscono che, se il trasporto ferroviario è competitivo rispetto ad altri modi di trasporto, nell'ambito dei principi di imposizione dei canoni di cui agli articoli 17 e 18, il gestore dell'infrastruttura deve tendere all'equilibrio della contabilità senza contributi statali. Fino a quel momento, quindi, l'eventuale ripiano del bilancio del gestore è comunque a carico della fiscalità generale.

4.3. – Ebbene, l'art. 39, II co., cod. nav. dispone che *«nelle concessioni a enti pubblici o privati, per fini di beneficenza o per altri fini di pubblico interesse, sono fissati canoni di mero riconoscimento del carattere demaniale dei beni»*.

La norma primaria è anch'essa limpida nella sua formulazione e, in virtù della sua struttura aperta con riguardo agli *«altri fini di pubblico interesse»*, s'adatta assai bene al caso in esame.

Essa invero intende attrarre al beneficio di detto canone ricognitorio ogni manifestazione stabile e duratura dell'uso del bene demaniale che ritragga da esso il soddisfacimento non già esclusivo e personale del concessionario —tale, quindi, da esaurirsi nella di lui sfera personale o patrimoniale —, bensì di interessi metaindividuali e collettivi. Quantunque il pareggio del bilancio sia una regola tendenziale imposta dal diritto UE, ciò non fa del gestore un'impresa con esclusivo scopo di lucro. Invero, l'onere di servizio pubblico equo e non discriminatorio, anche nel fissare la misura di tale canone, gravante sul gestore fa sì che tal entrata trascenda la sua persona,

pur se organizzata come impresa, appalesandosi consustanziale alla funzione stessa del demanio pubblico. Non v'è, pertanto, bisogno di tentare interpretazioni evolutive dell'art. 39, II co., né tampoco di credere che l'art. 37 del reg. nav. mar. (DPR 328/1952) diverga dalla fonte primaria, visto che entrambi regolano, in modo assai preciso, le concessioni per fini di pubblico interesse e non possono esser lette l'una contro l'altra.

In tal senso s'è già espressa la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 3 giugno 2014 n. 2839), allorquando, in un caso simile o, comunque, ove si discettava della congruenza tra la fonte primaria e l'art. 37 reg. nav. mar., come quest'ultimo non possa avere la portata e l'effetto d'applicare il canone ricognitorio alle sole concessioni esercitate senza alcun fine di lucro, dovendo la norma regolamentare esser letta alla luce di quella del Codice.

4.4. – Dal canto suo, l'art. 37, II co. tratta appunto del citato canone ricognitorio, precisando a tal fine che sono «... *concessioni che perseguono fini di pubblico interesse diversi dalla beneficenza quelle nelle quali il concessionario non ritrae dai beni demaniali alcun lucro o provento...*».

È vero, come dice il TAR (ma lo dice anche la Sezione: cfr. Cons. St., VI, 22 maggio 2017 nn. 2263 e 2265), che tal norma si sofferma non sulla natura soggettiva del concessionario, ma in ragione del solo “fine” che questi persegue attraverso la concessione, non sono vere le conclusioni cui perviene.

Tuttavia, la RFI s.p.a. svolge la propria attività sul pezzo di demanio ferroviario (statale), insistente sul demanio marittimo (statale) ai sensi dell'art. 34 cod. nav. Già solo questo rende in sé irrilevante, ai fini del canone ricognitorio *de quo*, il rapporto *inter alios actus* di detto gestore della rete coi terzi che usano quest'ultima e non in via diretta ed immediata il bene demaniale marittimo. È evidente che l'occupazione di dette aree portuali pubbliche, da parte dell'appellante RFI, le serva soltanto a

perseguire le finalità di servizio pubblico; ed è evidente che tal attività attiene alla gestione della rete ferroviaria nazionale, usata dai terzi vettori.

Né il discorso cambia, se si segue la tesi dell'Autorità, fatta propria dal TAR e speculare a quella qui propugnata dalla RFI s.p.a.

Va rammentato che l'art. 37, II co., reg. nav. mar. fu pensato quando lo Stato-proprietario (di porti e ferrovie) e lo Stato-gestore del servizio pubblico di trasporto su rete pubblica (ferroviaria e, in parte, marittima) erano, al di là del riparto di competenza tra l'ente gestore del demanio e l'Azienda ferroviaria, aspetti di un'unica realtà oggettivamente e solo pubblica. Il riferimento di detta norma al lucro ed al provento, che esclude il beneficio del canone ricognitorio, concerneva e riguarda tuttora i soli concessionari di beni demaniali marittimi che usino la concessione per ritrarre un reddito nello svolgere colà un servizio di pubblica utilità (p.es., un vettore marittimo non soggetto a oneri di servizio pubblico).

Per contro, il canone ritratto dall'attività di gestore della rete va inquadrato, ai sensi dell'art. 17 del D.lgs. 112/2015, nell'attuale sistema voluto dalla direttiva n. 34 (ma anche da prima) per ottenere la separazione gestoria e amministrativa dei compiti, un tempo unitari in capo all'unico soggetto pubblico FS (adesso *ex-incumbent*), tra siffatta gestione e produzione dei servizi di trasporto (uso imprenditoriale della rete), in concorrenza con gli altri vettori o imprese titolate. Sicché il canone è connaturato al e non è separabile dal servizio pubblico di gestione e amministrazione della rete e non costituisce lucro o provento (nel senso, cioè, di ricavi, plusvalenze e sopravvenienze attive) nel senso inteso dall'art. 37, II co., reg. nav. mar. Per vero, la riduzione del canone demaniale postula che l'occupazione dell'area, che certo la sottrae all'immediato uso pubblico, serva all'esercizio di servizi di pubblica utilità privi di redditività lucrativa.

5. – In definitiva, l'appello va accolto. La sostanziale novità della questione

suggerisce l'integrale compensazione, tra tutte le parti, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 7989/2015 in epigrafe), lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma dell'impugnata sentenza, accoglie per quanto di ragione il ricorso in epigrafe, con salvezza dell'ulteriore attività di riesame da parte delle Autorità portuale appellata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 29 novembre 2018, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO