



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Salvatore Bonfiglio, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Gianfranco D'Alessio, Julián Espartero Casado, Gianluca Gardini, Andry Matilla Correa, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Leonardo Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Uricchio.

Comitato dei referee

Giuseppe Bettoni, Gaetano Caputi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Mario Cerbone, Fabrizio Cerioni, Guido Clemente di San Luca, Anna Corrado, Ruggiero di Pace, Giuseppe Doria, Pier Paolo Forte, Stefano Gattamelata, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Gaetano Natullo, Simonetta Pasqua, Carmen Pérez González, Luca Perfetti, Marilena Rispoli, José Rodríguez García, Paola Saracini, Javier Rodríguez Ten, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Jesús Avezuela Cárcel, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Ramón Terol Gómez, Stefania Terracciano.

I contratti di programma del gestore aeroportuale tra ENAC e ART

di Angelo Piazza

(Professore associato di diritto privato nell'Università degli Studi Roma Foro Italico)

Sommario

1. Premessa sistematica: la evoluzione della disciplina normativa in tema di contratti di programma dei gestori aeroportuali e della funzione di vigilanza tra Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac) ed Autorità per la Regolazione dei Trasporti (Art); 2. Ruoli e ripartizione di competenze tra Enac ed Art; 3. Compatibilità del sistema "a doppio binario" con la direttiva 12/2009 - l'indipendenza di Enac quale autorità di vigilanza – caratteri ed efficacia dello strumento del contratto di programma in deroga; 4. Possibile evoluzione normativa e osservazioni conclusive.

Abstract

The legal instrument of the program contracts has been identified by our legal system as the most suitable to provide standards of adequate consistency in the relationship between the tariff system and the obligations imposed on the airport concessionary company for the financing and therefore the infrastructural improvement of the airports. After a short but complete regulatory framework regarding the subject of program contracts and supervision in the field of airport charges, we have moved on to the description of Roles and division of competences between Enac and Art. In fact, ENAC was the only competent authority to approve tariff levels at airports, until in 2014 ART, has been made operational as the independent supervisory authority in the field of airport tariffs for all national airports. It is, however, necessary that the identification of the Supervisory Authority in the ART is also placed in the framework of the regulatory system which has provided for and regulated the exempted Program Contracts.

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/blind peer review

1. Premessa sistematica: la evoluzione della disciplina normativa in tema di contratti di programma dei gestori aeroportuali e della funzione di vigilanza tra Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (Enac) ed Autorita' per la Regolazione dei Trasporti (Art)

Lo strumento giuridico dei contratti di programma è stato individuato dal nostro ordinamento come il più idoneo a fornire canoni di adeguata coerenza nel rapporto tra il sistema tariffario e gli obblighi posti a carico della società concessionaria aeroportuale per il finanziamento e quindi il miglioramento infrastrutturale degli aeroporti.

Il quadro normativo che disciplina la definizione dei diritti aeroportuali in Italia è complesso e articolato e si è andato ulteriormente stratificando in relazione ai provvedimenti emanati in seguito all'entrata in vigore della Direttiva 2009/12 CE, emanata al fine di stabilire criteri armonizzati per la riscossione dei diritti aeroportuali negli aeroporti della Comunità e, sull'applicazione della quale da parte del nostro Paese, come si avrà modo di vedere, sono sorti contrasti tra l'Unione Europea e l'Italia, poi sfociati nell'apertura di una procedura di infrazione nel 2015.

Preliminarmente, è opportuno offrire un breve ma completo quadro normativo rispetto al tema dei contratti di programma e della vigilanza nel campo delle tariffe aeroportuali, al fine di vedere come lo stesso si sia sviluppato e sia, ad oggi, articolato nonché quali siano i soggetti coinvolti in tale attività, nella combinazione tra legislazione nazionale e normativa proveniente dall'Unione Europea.

In ambito nazionale, sin dal 2000, la materia della regolazione dei diritti aeroportuali è stata oggetto di specifici interventi normativi che, per certi versi, hanno anticipato le prescrizioni comunitarie di cui alla direttiva 2009/12/CE.

Con la prima delibera Cipe 4 agosto 2000, n. 86, invero, venne approvato un primo Schema di regolazione dei proventi aeroportuali, basato sui seguenti principi: a) corrispondenza dei proventi ai servizi resi; b) ancoraggio dei proventi a fattori quantificabili e verificabili; c) livelli dei proventi adeguati ai costi, a una normale remunerazione del capitale investito, a programmi di investimento adeguati alle prospettive di espansione del traffico; d) promozione dell'efficienza e della qualità dei servizi, anche con riguardo ai migliori benchmark europei per tipologie aeroportuali similari; e) definizione pluriennale dei "fondamentali" della dinamica dei proventi, finalizzata a realizzare gli obiettivi menzionati per i servizi aeroportuali regolamentati e a permettere a tutti gli operatori la necessaria programmazione dei costi e dei ricavi".

Tale Delibera, tuttavia, non ha trovato attuazione in quanto, nelle more dell'adozione dei relativi provvedimenti attuativi, è stato poi emanato il D.L. n. 203/2005 (convertito con modificazioni dalla legge n. 248/2005, noto come "Decreto salva

Alitalia”) contenente agli art. 11 *nonies* e ss. le previsioni sui c.d. “*Requisiti di sistema*” e con cui è stato previsto, tra l’altro: abrogazione *ex abrupto* dell’adeguamento annuale dei diritti aeroportuali all’inflazione (poi reintrodotta dall’art. 21-bis del D.l. n. 248 del 31 dicembre 2007, convertito in legge n. 302/2007, attuato, tuttavia, in modo parziale e discontinuo), soppressione immediata della maggiorazione del 50% dei diritti aeroportuali per i voli effettuati in orario notturno, divieto di applicazione di sovrapprezzi non effettivamente correlati ai costi di gestione dei servizi di assistenza a terra, nuovi meccanismi di determinazione dei diritti aeroportuali, introduzione del c.d. principio del *single till*, prevedendosi, in particolare, la riduzione dell’ammontare dei diritti aeroportuali in misura pari al 50% delle entrate derivanti dalle attività commerciali.

Per dare attuazione delle suddette previsioni il CIPE ha, poi, adottato la delibera n. 38 del 15 giugno 2007, successivamente modificata dalla delibera n. 51/2008, con la quale è stato espresso parere favorevole alla “*Direttiva in materia di regolazione tariffaria dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva*” (e contestualmente abrogata la precedente delibera n. 86/2000).

La direttiva approvata dal CIPE ha apportato alla vigente regolazione dei diritti aeroportuali rilevanti innovazioni, stabilendo, fra l’altro, il principio secondo cui anche le entrate derivanti da attività commerciali non regolamentate contribuiscono (in parte) alla copertura dei costi relativi alle attività regolamentate e rimettendo alle Linee Guida, da predisporre a cura dell’ENAC, la determinazione delle modalità applicative della deliberazione stessa, anche attraverso la stipulazione dei contratti di programma. Pertanto, con decreto interministeriale n. 231 del 17 novembre 2008, pubblicato sulla G.U. n. 42 del 20/02/2009, sono state approvate le Linee Guida, predisposte dall’ENAC, sulla cui base sono state avviate le articolate istruttorie volte alla stipula con le varie società di gestione aeroportuale dei contratti di programma di durata quadriennale.

Nel contesto così delineato si è inserita la disposizione innovativa¹, con la quale sono stati introdotti i c.d. contratti di programma in deroga, prevedendosi, per i sistemi aeroportuali con un traffico superiore agli otto milioni di passeggeri, la stipula, da parte dell’ENAC, di contratti di programma in deroga alla normativa vigente in materia, finalizzati a consentire il reperimento e l’adeguata remunerazione dei capitali privati necessari per garantire lo sviluppo dei principali scali nazionali.

Nello specifico la suddetta norma dispone che “ *Al fine di incentivare l’adeguamento delle infrastrutture di sistemi aeroportuali nazionali e comunque con traffico superiore a otto milioni di passeggeri annui, nonché quelli aventi strutture con sedi in regioni diverse, nel caso in cui gli investimenti si fondino sull’utilizzo di capitali di mercato del gestore, l’Ente*

¹ Si tratta dell’ art 17 co 34 bis del D.L. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, come modificato dall’art. 47, comma 3 bis, del D.L. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

nazionale per l'aviazione civile (ENAC) è autorizzato a stipulare contratti di programma in deroga alla normativa vigente in materia, introducendo sistemi di tariffazione pluriennale che, tenendo conto dei livelli e degli standard europei, siano orientati ai costi delle infrastrutture e dei servizi, a obiettivi di efficienza e a criteri di adeguata remunerazione degli investimenti e dei capitali, con modalità di aggiornamento valide per l'intera durata del rapporto. In tali casi il contratto è approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro sessanta giorni dalla stipula del contratto di programma, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, e può graduare le modifiche tariffarie, prorogando il rapporto in essere, per gli anni necessari ad un riequilibrio del piano economico-finanziario della società di gestione".

Chiara è la *ratio* della disposizione: vista la indispensabilità e la urgenza dell'ammodernamento e sviluppo dei principali aeroporti nazionali, e la impossibilità di provvedervi con (inesistenti) risorse pubbliche, la legge si propone di consentire e agevolare investimenti privati e reperimento dei mezzi finanziari necessari sul mercato finanziario da parte dei gestori, garantendo un sistema regolatorio e tariffario idoneo a garantire una adeguata remunerazione degli stessi. Ciò all'evidente scopo di consentire ai gestori, con utilizzo di risorse proprie e direttamente acquisite, di avviare e completare ingenti piani di investimenti infrastrutturali volti a consentire ai principali sistemi aeroportuali di superare il *gap*, in specie infrastrutturale, con i grandi competitori europei e internazionali.

Dunque, in attuazione di tale previsione, sono stati stipulati dall'ENAC, e approvati con DPCM su proposta congiunta dei Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, i contratti di programma degli aeroporti di Roma Fiumicino e Ciampino, di Milano Linate e Malpensa, nonché di Venezia, noti, appunto, come i "*contratti di programma in deroga*".

Nel frattempo, a livello comunitario, è stata adottata la Direttiva 2009/12/CE, come detto, finalizzata a stabilire dei criteri armonizzati per la riscossione dei diritti aeroportuali negli aeroporti della Unione. Gli obiettivi preminenti della Direttiva si possono sintetizzare nella volontà di garantire la non discriminazione (art. 3), la trasparenza (art. 7) e la consultazione delle compagnie aeree (art. 6), nonché l'aderenza ai costi di tali diritti, prevedendo la individuazione di un'Autorità di vigilanza indipendente in ogni Stato membro (art. 11).

La Direttiva, che avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati membri nel termine di due anni dalla sua pubblicazione, è stata tardivamente recepita nel nostro ordinamento (dopo l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione nei confronti del Governo italiano) con il Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella Legge 24 marzo 2012, n. 27 e, in particolare, con il Capo II del Titolo III (artt. da 71 a 82), volto a stabilire "*i principi comuni per la determinazione e la riscossione dei diritti aeroportuali negli aeroporti nazionali aperti al traffico commerciale*".

Tale provvedimento prevede, in particolare, la seguente disciplina: a) articolo 36, di modifica dell'articolo 37 del decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201, istitutivo dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito solo "ART"); b) gli articoli da 71 a 80 relativi all'Autorità di vigilanza indipendente; c) articolo 71, paragrafo 2, che istituisce un'autorità nazionale di vigilanza con compiti di regolazione economica nonché di vigilanza ai sensi dell'articolo II della direttiva 2009/12/CE, con l'approvazione dei sistemi di tariffazione e dell'ammontare dei diritti, inclusi metodi di tariffazione pluriennale.

L'ART, dunque, in ossequio alle indicazioni europee è stata istituita come Autorità *"competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali"* (art. 37 cit.).

Nell'ambito di tale generale competenza, l'Autorità provvede, tra l'altro:

- 1) a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali, *"fatte salve le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali (...) nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti"*;
- 2) a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori;
- 3) a verificare la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri fissati ai sensi del periodo precedente;
- 4) con particolare riferimento al settore aeroportuale, a svolgere, ai sensi degli articoli da 71 a 81 del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, tutte le funzioni di Autorità di vigilanza istituita dall'articolo 71, comma 2, del predetto D. L. n. 1/2012, in attuazione della direttiva 2009/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2009, concernente i diritti aeroportuali.

In realtà però, tra l'emanazione della previsione normativa che ne ha stabilito l'istituzione da un lato, e la concreta operatività dell'ART dall'altro è passato un lasso di tempo considerevole, essendo l'ART stata resa operativa solo in data 15 gennaio 2014, momento in seguito al quale l'Autorità ha quindi approvato i modelli di regolazione dei diritti aeroportuali (pubblicati in data 22 settembre 2014), classificati sulla base del numero dei passeggeri annui, a cui i gestori avrebbero dovuto adeguarsi per la determinazione dei futuri diritti aeroportuali.

Le funzioni di vigilanza, legate all'approvazione dei livelli tariffari, che, secondo la Direttiva sarebbero dovute passare totalmente in capo ad ART, tuttavia, sono state mantenute, finanche dopo la creazione della suddetta Autorità, anche in capo ad ENAC, con riferimento ai c.d. contratti di programma in deroga.

Invero, innanzitutto l'articolo 22 D.L. 9 febbraio 2012, n. 54, ha espressamente fatto salvo, quanto al recepimento della Direttiva 2009/12, il completamento delle procedure in corso nel 2012 volte alla stipula dei contratti di programma ex art. 17, co. 34-bis del D.L. n.78/2009 tra l'ENAC e le società di gestione degli aeroporti nazionali con un traffico maggiore ad 8 milioni di passeggeri (Roma, Milano e Venezia), fissando un termine ultimo per il loro completamento (31 dicembre 2012); entro detto termine, pertanto, sono stati stipulati i predetti Contratti in deroga, dando così concretezza ad un rilevante programma di investimenti infrastrutturali, in autofinanziamento, nei tre principali aeroporti italiani. Il Legislatore, inoltre, ha emesso il D.L. 12 settembre 2014, n.133, convertito con modificazioni dalla L. n. 164/2014, che, all'art. 1, commi 11 e 11 bis prevede che: *"Per consentire l'avvio degli investimenti previsti nei contratti di programma degli aeroporti di interesse nazionale di cui all'articolo 698 del codice della navigazione sono approvati, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottarsi entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che deve esprimersi improrogabilmente entro trenta giorni, i contratti di programma sottoscritti dall'ENAC con i gestori degli scali aeroportuali di interesse nazionale";*

Al fine di garantire la tempestività degli investimenti negli aeroporti, il modello tariffario e il livello dei diritti aeroportuali sono elaborati entro ottanta giorni dall'apertura della procedura di consultazione e trasmessi all'Autorità di regolazione dei trasporti per la successiva approvazione entro i successivi quaranta giorni. Decorsi tali termini la tariffa aeroportuale entra in vigore, fatti salvi i poteri dell'Autorità di sospendere il regime tariffario ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Per i contratti di programma vigenti e per la loro esecuzione resta ferma la disciplina in essi prevista in relazione sia al sistema di tariffazione, sia alla consultazione, salvo il rispetto del termine di centoventi giorni dall'apertura della procedura di consultazione per gli adeguamenti tariffari."

2. Ruoli e ripartizione di competenze tra Enac ed Art

L'ENAC, quindi, è stata l'unica amministrazione competente alla approvazione dei livelli tariffari negli aeroporti, fino a quando nel 2014 è stata resa operativa l'ART, Autorità indipendente di vigilanza nel campo delle tariffe aeroportuali per tutti gli aeroporti nazionali ad esclusione di quelli con i contratti c.d. "in deroga" rimasti, appunto, in capo ad ENAC e, nel periodo intercorrente tra l'istituzione dell'ART e la sua concreta operatività, ha continuato a svolgere il ruolo di Autorità di regolazione economica in materia di diritti aeroportuali anche per i contratti c.d. "ordinari", fino

alla loro scadenza, in conformità all'atto di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 7 giugno 2013.

Con l'operatività dell'ART, dunque, all'interno del sistema italiano si è creata una sorta di doppio binario, in cui l'ENAC è "individuata" quale Autorità di vigilanza per i contratti di programma in deroga, stipulati ai sensi dell'art. 17, comma 34 bis del D.L. n. 78/2009, convertito con L. n.102/2009, con i sistemi aeroportuali di Roma, Milano e Venezia, nonché come Autorità tecnica di settore preposta all'approvazione dei Piani di intervento, del traffico, della qualità e tutela ambientale, propedeutici alla stipula dei contratti di programma ex D.L. 133/2014.

L'ART è individuata, invece, quale Autorità di vigilanza per gli aeroporti di interesse nazionale, aperti al traffico commerciale, tenuti all'applicazione dei Modelli tariffari dalla medesima predisposti, ai sensi del D.L. 24/1/2012 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24/03/2012 n. 27.

I rispettivi ambiti di competenza tra ENAC ed ART ed il ruolo di autorità di vigilanza ancora attribuito ad ENAC per gli scali per cui sono stati stipulati i contratti di programma in deroga, sono stati oggetto di un chiarimento a livello istituzionale, operato dal Ministro delle infrastrutture e dei Trasporti, con proprio atto di indirizzo del 5 agosto 2016. In tale documento, nel fornire all'Ente la le principali linee di azione cui attenersi nello svolgimento dei propri compiti istituzionali, il Ministero ha disposto, all'art. 6, che l'ENAC, in qualità di Autorità tecnica di settore, è l'Ente deputato a curare l'istruttoria e la definizione dei Contratti di Programma, effettuandone la vigilanza con particolare riguardo all'attuazione degli interventi di sviluppo degli aeroporti.

Ha inoltre, specificato come l'ENAC, sia, invece, deputato a svolgere le funzioni di Autorità di vigilanza, ai sensi della direttiva 2009/12/CE, con riferimento ai contratti di programma in deroga. L'Atto di indirizzo ha, pertanto, conferito certezza al sistema regolamentare che governa il settore aeroportuale, dirimendo le questioni inerenti l'attribuzione di ruoli e responsabilità tra i diversi attori istituzionali preposti, a vario titolo, a intervenire nel processo di regolazione tecnica ed economica delle gestioni aeroportuali.

In virtù del ruolo e delle competenze sue proprie, nel corso degli anni 2016 e 2017, come emerge dai rapporti e bilanci pubblicati dall'ENAC, è stata svolta un'intensa attività di valutazione e approvazione di Piani Tecnici con la sottoscrizione di un cospicuo numero di Contratti di programma nell'ambito di un processo, in cui l'attività di aggiornamento dei corrispettivi aeroportuali rientra nella sfera di competenza dell'ART, mentre la valutazione dei programmati interventi infrastrutturali, dell'evoluzione del traffico e del miglioramento delle performance qualitative e ambientali dei servizi resi in aeroporto permane quale esclusiva prerogativa dell'ENAC, che si esprime con un nulla osta preventivo affinché la

società di gestione possa presentare all'utenza, in sede di consultazione, i Piani tecnici.

Sostanzialmente, dunque, la regolazione tecnica ed economica delle gestioni si compone di due fasi, con attribuzione di competenze e ruoli differenti ai due soggetti (ART ed ENAC): una prima fase di natura tecnica ed economico-finanziaria che consiste nell'approvazione dei Piani da parte dell'ENAC e nella valutazione di sostenibilità del complessivo progetto di sviluppo infrastrutturale, l'altra più squisitamente economica, in cui gli impegni assunti dai gestori, in relazione ai Piani di sviluppo, vengono tradotti in parametri tariffari per la valorizzazione dei relativi corrispettivi.

Tale distribuzione di competenze regolatorie tra l'ART e l'ENAC, concerne sia la fase programmatica di definizione *ex ante* degli obiettivi di sviluppo infrastrutturale e di adeguamento tariffario pluriennale, che quella successiva di monitoraggio annuale, da effettuarsi *ex post* nel quadriennio regolatorio, sull'effettiva realizzazione degli investimenti, sul raggiungimento o mancato raggiungimento degli obiettivi di qualità e di tutela ambientale, in vista del periodico aggiornamento dei corrispettivi aeroportuali. Ai fini del monitoraggio l'ENAC è, in particolare, tenuto a verificare lo stato di avanzamento degli investimenti programmati nel Piano degli Interventi, il raggiungimento o mancato raggiungimento degli obiettivi di qualità e di tutela ambientale ed è, altresì, preposto ad accertare la tipologia di spese ammissibili a fini tariffari, mentre l'ART presiede il processo di aggiornamento dei corrispettivi.

Questo, quindi, sono in sintesi il sistema di sottoscrizione dei contratti di programma ordinari e i ruoli in merito rispettivamente svolti da ENAC ed ART.

Discorso differente va svolto per i contratti di programma in deroga, in cui ENAC svolge invece ancora funzioni di vigilanza, mantenendo la propria competenza oltre che per gli aspetti tecnici anche per quelli propriamente economici, concernenti la determinazione e l'aggiornamento dei livelli tariffari.

3. Compatibilità del sistema "a doppio binario" con la direttiva 12/2009 - l'indipendenza di Enac quale autorità di vigilanza – caratteri ed efficacia dello strumento del contratto di programma in deroga

Sulla correttezza di tale sistema, dal punto di vista della sua compatibilità con quanto richiesto dalla Direttiva 2009/12/CE e, in particolare, quanto ai c.d. contratti di programma in deroga e alle funzioni di vigilanza sul sistema tariffario che ancora ENAC mantiene in relazione agli aeroporti (Roma, Milano e Venezia), ove sono stati stipulati contratti di programma ex art. 17, co 34 D.L. n. 78/2009, si è sviluppato un contrasto tra Autorità italiane ed Istituzioni europee in ordine al corretto recepimento della direttiva medesima relativamente ad una serie di profili, tra cui l'idoneità di ENAC a svolgere il ruolo di Autorità di vigilanza indipendente che

continua ad essere ad esso attribuito per i grandi aeroporti oggetto di contratti di programma in deroga.

Se da una parte, infatti, l'istituzione e i primi interventi di ART delineano un quadro regolatorio di riferimento che mette ordine nella pregressa stratificazione normativa, dall'altra la compresenza di ART e ENAC rappresenta un'anomalia nel panorama europeo.

Le preoccupazioni manifestate a livello comunitario, quanto al corretto recepimento della menzionata Direttiva, sono derivate anche da una serie di denunce effettuate da alcuni vettori in relazione alla procedura di consultazione sulle tariffe aeroportuali di Roma, Milano e Venezia. Dopo una serie di scambi di comunicazioni tra il Governo italiano e le istituzioni europee sulla questione, nel 2015 è stata avviata una Procedura di infrazione, attraverso la trasmissione di una lettera di costituzione e mora dell'Italia ex art 258 del TFUE, nella quale veniva sostanzialmente rilevata la violazione: dell'art. 6, par. 3, relativamente alla procedura da seguire in caso di disaccordo fra gestore e utenti sui diritti aeroportuali, e dell'art 11 par 1, 3, 4, e 6 relativamente allo statuto e alle prerogative dell' autorità di vigilanza indipendente contemplata dalla Direttiva.

Esaminando il paventato contrasto sollevato dall'Unione Europea, con specifico riferimento all'idoneità di ENAC a continuare a svolgere una funzione di vigilanza per i contratti di programma in deroga che l'ordinamento italiano ha previsto e salvaguardato anche dopo il recepimento della Direttiva e la concreta operatività dell'ART, si rappresenta come, secondo la Commissione, ENAC non risponderebbe ai criteri di indipendenza sanciti dal legislatore europeo.

Su tale aspetto, uno dei profili sollevati come problematici concerne la preoccupazione per quanto riguarda il grado di indipendenza dell'ENAC, qualora si dovesse ritenere che lo stesso Ente sia stato individuato quale autorità di vigilanza indipendente per gli aeroporti nei quali sia in vigore un Contratto di Programma ex art. 17, comma 34-bis del D.L. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla L. n. 102/2009, in particolare, in quanto soggetto che ha "negoziato" i precitati contratti e non rispondente ai requisiti di indipendenza giuridica e funzionale sanciti dall'art. 11, par. 3 della Direttiva.

Tale norma specificamente richiede che: *“Gli Stati membri garantiscono l'autonomia dell'autorità di vigilanza indipendente, provvedendo affinché questa sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi gestore aeroportuale e vettore aereo. Gli Stati membri che mantengono la proprietà di aeroporti, di gestori aeroportuali o di vettori aerei o che mantengono la vigilanza di gestori aeroportuali o di vettori aerei garantiscono che le funzioni inerenti alla proprietà o alla vigilanza suddetti non siano conferite all'autorità di vigilanza indipendente. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità di vigilanza indipendente eserciti i propri poteri in modo imparziale e trasparente.”*

Sul punto le Autorità italiane (si veda la relazione presentata dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti al Parlamento nel gennaio 2016, nella quale si opera anche un compendio delle pregresse comunicazioni e chiarimenti intercorsi tra l'Italia e l'UE sulla questione) hanno rilevato come l'ENAC risponda pienamente ai due requisiti di autonomia richiesti dalla menzionata Direttiva, ovvero: 1. separazione giuridica; 2. indipendenza funzionale dell'autorità designata rispetto alle imprese del settore -vettori e gestori-, in quanto è soggetto giuridicamente distinto dalle parti interessate, non è titolare della "proprietà", o del "controllo", né di vettori, né degli aeroporti su cui esercita le proprie funzioni istituzionali ed ha una serie di caratteristiche che ne assicurano l'idoneità alla funzione che svolge. In particolare: è dotato di personale competente e di comprovata e pluriennale esperienza nel settore, ed è anzi proprio questa una delle ragioni che ha spinto il legislatore italiano, nell'esercizio delle proprie prerogative discrezionali, a mantenere in capo ad ENAC - oltre ad una serie di altre funzioni attinenti al settore aeroportuale - anche quelle di vigilanza indipendente ai sensi della Direttiva, per i contratti sottoscritti prima dell'entrata in operatività dell'ART; è dotato dei mezzi finanziari e tecnici necessari all'esercizio efficiente dei suoi compiti istituzionali e di autonomia di gestione rispetto al complesso dei suoi mezzi; è in posizione di separazione istituzionale rispetto alle parti interessate come previsto dalle disposizioni normative e statutarie che lo concernono.

Tali profili, è stato osservato dal Ministero, nel caso di ENAC trovano coerente riscontro in evidenze oggettive, giuridiche e fattuali in quanto l'ENAC: 1) è un ente dello Stato (Ente pubblico non economico), dotato di propria personalità giuridica e quindi giuridicamente distinto, oltre che funzionalmente indipendente da qualsiasi altro soggetto o ente; 2) non è titolare di alcuna posizione di proprietà o di controllo della proprietà, tanto sui vettori quanto sui gestori; 3) è *"dotato di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria"* (art. 1, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250 istitutivo dell'ENAC); è soggetto ad un rigoroso regime di incompatibilità, che ne assicura la piena indipendenza funzionale rispetto ai soggetti che operano nei settori regolamentati, come previsto dall'art. 4 del citato decreto legislativo 250/1997 e, in particolare, dai commi 7 e 8, laddove si stabilisce che *"i componenti degli organi dell'Ente, a pena di decadenza, non possono essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, né avere interessi diretti o indiretti, anche di tipo professionale e di consulenza nelle imprese nel settore di competenza dell'Ente"* e che *"i componenti degli organi dell'Ente non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza fino a quattro anni successivi alla scadenza del mandato"*.

Con riguardo, poi, proprio al procedimento di approvazione delle tariffe, si è precisato che si tratta di attività affidata ad una distinta entità organizzativa

nell'ambito dell'Ente, la Direzione sviluppo studi economici e tariffe, che assicura la corretta applicazione del vigente quadro normativo e regolamentare ai fini della determinazione pluriennale e programmatica dei livelli tariffari.

Né la circostanza che i contratti siano stati stipulati proprio dall'ENAC può essere vista, a detta delle Autorità Italiane, come violazione alla Direttiva europea, ciò non ledendo il grado di indipendenza dell'Ente considerato che, nel panorama italiano, il contratto di programma rappresenta lo strumento che la legge individua per vincolare i gestori alla corretta applicazione dei criteri di regolazione tariffaria individuati dal CIPE (*"Direttiva in materia di regolazione tariffaria dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva"* emanata dal CIPE e approvata nel 2008 dai Ministri competenti), offrendo ENAC tutte le garanzie e le caratteristiche richieste dall'Unione Europea, in quanto Ente dotato delle necessarie risorse, personale e competenze, ed attenendosi, nell'esercizio delle proprie prerogative istituzionali, *de jure* e *de facto*, a rigorosi canoni di imparzialità e trasparenza, a tutela dell'interesse generale e di tutte le parti coinvolte.

Insieme a tali notazioni sul corretto recepimento della Direttiva, in risposta alla messa in mora da parte della Commissione Europea, va segnalato inoltre che la procedura, pur aperta ormai da molto tempo, è ancora pendente, in chiara evidenza del fatto che le posizioni tra le Istituzioni nazionali ed europee non abbiano ancora trovato un avvicinamento significativo sulla questione.

Ancora, non si possono non operare anche delle considerazioni in punto di efficacia e rispondenza economica del modello di contrattazione in deroga, apparendo lo stesso, rispetto ai modelli ordinari, maggiormente funzionale al reperimento delle risorse necessarie allo sviluppo di scali di grande portata e, dunque a favorire la competitività del sistema nazionale.

I contratti di Programma in deroga si distinguono da quelli ordinari, oltre che per le singole e specifiche previsioni attinenti ai meccanismi di regolazione tariffaria (in ogni caso ancorate ai principi di orientamento al costo e improntati ad obiettivi di efficienza ed adeguata remunerazione degli investimenti e dei capitali) anche per il procedimento approvativo e per la durata: quelli ordinari sono approvati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze e hanno durata quadriennale; i contratti in deroga, invece, sono stati approvati con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta congiunta dei Ministri delle Infrastrutture e dei trasporti e dell'Economia e delle finanze ed hanno scadenze più ampie, pur essendo articolati in sottoperiodi tariffari, costituendo anche la durata e la stabilità un elemento essenziale per garantire adeguata remunerazione, e quindi possibilità di reperimento, delle necessarie risorse finanziarie.

I contratti di programma in deroga, dunque, costituiscono uno strumento di regolazione negoziale di lunga durata, in grado di offrire al gestore aeroportuale, ma

anche all'utenza aeroportuale (ivi inclusi, oltre ai passeggeri, anche i vettori e gli *handlers*), un quadro di regole certo e stabile nel tempo e l'applicazione di diritti aeroportuali stabiliti sulla base di meccanismi pienamente rispettosi dei principi di derivazione comunitaria di corrispondenza dei proventi regolamentati ai servizi resi, di ancoraggio degli stessi a fattori quantificabili e verificabili, di costante adeguamento ai costi.

Attraverso l'art. 17 comma 34 *bis* del D.L. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla L. n. 102/2009, quindi, nel nostro ordinamento è stata introdotta una disciplina speciale per la stipula e l'approvazione dei contratti di programma dei principali sistemi aeroportuali nazionali, al fine dichiarato di agevolare il reperimento dei capitali, da parte delle società di gestione, per far fronte, senza impegno di spesa pubblica, ai relevantissimi investimenti finanziari indispensabili per garantire lo sviluppo e l'ammodernamento delle principali infrastrutture aeroportuali del Paese. Sostanzialmente si tratta di strumenti che consentono ed agevolano il reperimento sul mercato di capitali privati necessari per garantire, senza oneri per lo Stato, la sostenibilità e, dunque, la realizzazione, degli ingenti ed indispensabili investimenti essenziali per lo sviluppo dei principali scali del sistema aeroportuale nazionale, nell'ottica di rendere più competitivo il sistema aeroportuale nazionale.

Tale aspetto assume, poi una maggiore rilevanza in una situazione economico-finanziaria che ha reso estremamente difficoltoso (quando non impossibile) il reperimento di risorse pubbliche per gli interventi indispensabili di ammodernamento e sviluppo delle infrastrutture aeroportuali del Paese, inducendo, quindi, il Legislatore a ritenere urgente e indifferibile l'adozione di strumenti che consentano la remunerazione corretta degli investimenti e quindi il reperimento di capitali privati, per realizzare opere di pubblico interesse.

A tale scopo, dunque, il Legislatore ha ritenuto di approvare meccanismi di tariffazione, anche in deroga alla normativa vigente che, prevedendo regole certe e valide per l'intera durata del rapporto, possano consentire al gestore il reperimento, anche tramite il ricorso al credito finanziario, dei capitali all'uopo necessari, nell'ottica di investimenti che tendono a soddisfare le esigenze dei passeggeri che, anche nella visione comunitaria, rappresentano l'elemento centrale della politica del trasporto aereo che deve essere improntata all'efficientamento e al costante miglioramento degli standard qualitativi e di sicurezza.

In tal senso, come dato recentissimo, si segnala che, secondo quanto riferito da ENAC nel Report '*Stato degli investimenti infrastrutturali per gli aeroporti nazionali*' per il primo semestre del 2018, invero, lo stato di avanzamento degli investimenti del primo semestre prosegue *"il trend già evidenziato per il 2017 della concentrazione degli investimenti sui tre aeroporti dotati di contratti di programma in deroga, ovvero Roma Fiumicino, Venezia Tessera e Milano Malpensa, a ulteriore riprova della validità degli*

strumenti derivanti dal Contratto di Programma che hanno determinato maggior investimenti a beneficio dei passeggeri e del sistema”.

4. Possibile evoluzione normativa e osservazioni conclusive

Pur non apparendo ragioni giuridiche ostative alla individuazione di ENAC quale Autorità di vigilanza nei confronti dei principali gestori dotati di Contratti di programma in deroga, e pur nella presa d’atto della funzionalità ed efficacia di questa scelta del legislatore, come dimostrano i dati sulla attuazione dei relativi piani e programmi, non può nascondersi che la coesistenza dei due soggetti costituisce una anomalia del sistema italiano a fronte di quanto previsto negli altri Paesi interessati alla attuazione della Direttiva UE.

Il superamento di questa peculiarità, quindi, rientra nell’ordine delle soluzioni prevedibili. Ed infatti in sede di discussione parlamentare della legge contenente *Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dalla appartenenza dell’Italia alla Unione Europea – Legge europea 2018 (AC 822)* è all’esame una norma che espressamente riconduce ad ART la vigilanza anche con riferimento ai gestori aeroportuali dotati di contratti di programma in deroga².

La disposizione ha tra l’altro il fine esplicito di por rimedio alla situazione conseguente all’apertura della surricordata Procedura di infrazione.

Quale che sia peraltro la scelta legislativa definitiva, è comunque necessario che anche la individuazione della Autorità di vigilanza nell’ART si ponga nell’alveo del sistema normativo che ha previsto e disciplinato i Contratti di programma in deroga. Ciò in quanto le esigenze straordinarie che hanno motivato il modello derogatorio, e in particolare la esigenza di certezza del quadro regolatorio e tariffario e della sua stabilità, permangono indipendentemente dal soggetto vigilante individuato in uno o altro Ente o Autorità.

Quindi è importante, affinché gli ingenti investimenti programmati e avviati possano svilupparsi con la garanzia delle necessarie risorse finanziarie, che questo soggetto, ART o ENAC, prosegua secondo le linee di attuazione della normativa speciale e in un ambito di continuità, bene prezioso quando è indispensabile procurare sul mercato finanziario e investire ingenti risorse, quali quelle indispensabili per conseguire finalmente un pieno ammodernamento e sviluppo del nostro sistema aeroportuale.

² Art. 5bis *Disposizioni in materia di diritti aeroportuali. Procedura di infrazione n. 2014/4187*, con cui viene modificato nel senso di cui al testo l’art. 73 del ricordato d.l. 1/2012 conv. nella l. 27/2012.