

Publicato il 30/11/2023

N. 10378/2023REG.PROV.COLL.
N. 03625/2022 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3625 del 2022, proposto da Bagno Somalia S.r.l. Unipersonale, Bagno Sirena S.a.s. di Sara Shuster & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Roberto Righi, Alberto Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castiglione della Pescaia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Falagiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Carozza e Friani S.n.c. di Carozza F. e Friani F., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Annarita Armiento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 1340/2021

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castiglione della Pescaia e di Carozza e Friani S.n.c. di Carozza F. e Friani F.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2023 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti gli avvocati Roberto Righi per la società appellante e Daniele Falagiani per il Comune appellato.

Viste, altresì, le conclusioni della società controinteressata come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 2 agosto 2019 e 20 agosto 2019, le società Bagno Sirena s.a.s. e Bagno Somalia S.R.L., odierne appellanti, proponevano, rispettivamente, istanze al competente ufficio comunale, ai sensi dell'art. 1 commi 682 e ss. della Legge 30 dicembre 2018, n. 145, di proroga quindicennale della durata delle concessioni demaniali a loro intestate che prevedevano una scadenza, *ex art.* 34-duodecies del d.l. 179/2012 convertito il L. 221/2012, al 31/12/2020.

Il competente ufficio comunale provvedeva, con determina dirigenziale n. 97 del 20 gennaio 2020, alla pubblicazione delle istanze delle società ricorrenti e di tutti gli altri concessionari richiedenti la proroga, per un periodo di 20 giorni dal 22 gennaio 2020 al 11 febbraio 2020, ai sensi e per gli effetti dell'art. 18 del Reg. C.d.N., e nella forma dallo stesso prevista.

Nel termine stabilito dalla determina, utile per la presentazione delle osservazioni da parte di chi ne avesse interesse, i sig.ri Carozza Francesco e Friani Filippo in qualità di soci amministratori della Società Carozza e Friani s.n.c. di Carozza F. e Friani F. (odierna controinteressata) presentavano atto di osservazione e opposizione con contestuale manifestazione di interesse verso le concessioni demaniali marittime assentite alle seguenti società: - Bagno Sirena s.a.s. di Sara Shuster & C.; - Bagno Somalia s.r.l.; - Guimar Italia s.r.l. – Campeggio Baia Verde.

L'amministrazione comunale con determina n° 297 del 28 febbraio 2020 disponeva di procedere al rilascio di licenza suppletiva in riconoscimento dell'estensione temporale di quindici anni della durata delle concessioni demaniali per le quali non erano state presentate osservazioni e di rinviare a successiva fase la definizione dei procedimenti conseguenti alla presentazione delle osservazioni ed opposizioni con contestuale manifestazione di interesse verso le tre concessioni sopra indicate.

All'esito dell'istruttoria di ammissibilità delle osservazioni pervenute, con determina n. 1274 del 16 ottobre 2020, l'ufficio competente dichiarava inammissibile l'istanza di accesso alla procedura di evidenza pubblica relativa alle concessioni demaniali marittime assentite alla società Guimar Italia s.r.l., dando atto che, per la definizione dei procedimenti conseguenti alla presentazione dell'osservazione ed opposizione con contestuale manifestazione di interesse verso le concessioni demaniali marittime assentite alle società Bagno Sirena s.a.s. e Bagno Somalia s.r.l., era necessario procedere ad ulteriore fase procedimentale.

Entrato in vigore l'art. 182, comma 2, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID – 19), convertito, con modificazioni nella Legge 17 luglio 2020, n. 77,1 il competente ufficio comunale, con determina n. 1508 del 30 novembre 2020 sospendeva la procedura di comparazione delle domande in concorrenza relative alle suddette concessioni fino al termine della stagione balneare 2021, rinviando a tale termine lo svolgimento della procedura comparativa.

Con istanze del 30 dicembre 2020 le società odierne ricorrenti richiedevano la proroga ventennale della concessione ex art. 3, comma 4 bis D.L. 400/1993 conv. con L. 494/1993, come introdotto dall'art. 1, comma 253 L. 296/2006, in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni.

L'amministrazione comunale, con provvedimenti del 29 gennaio 2021, prot. 2354 e 2360, disponeva l'esame delle istanze di proroga ventennale (in ragione degli investimenti programmati) nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica avviato con le citate determinate n.297 e n.1274 in ragione della ritenuta sussistenza e necessaria tutela anche delle situazioni giuridiche di affidamento in capo ai soggetti ad esso partecipanti e, pertanto, disponeva, analogamente a quanto deciso per il suddetto procedimento, la sospensione dello stesso ex art. 182, comma 2, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34. Le odierne appellanti impugnavano con ricorso principale le determinate n. 1508/2020, 1274/2020 e 297/2020 e, con ricorso per motivi aggiunti, i provvedimenti di sospensione del procedimento di proroga della soc. Bagno Somalia del 29 gennaio 2021 prot. 2354 e della soc Bagno Sirena prot. 2360/2021 del 29 gennaio 2021.

Con sentenza sez. III n. 1340 del 18 ottobre 2021, il Tar Toscana respingeva il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti.

Appellata ritualmente la sentenza resistono il Comune di Castiglione della Pescaia e la controinteressata Carozza e Friani s.n.c. di Carozza F. e Friani F.

All'udienza pubblica del 7 novembre 2023 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1.Osserva preliminarmente il Collegio che con memoria del 6 ottobre 2023, l'appellante soc. Bagno Sirena, premesso che, per effetto della d.d. 1227/2023 del Comune di Castiglione della Pescaia, nella quale era stato dato atto che la controinteressata aveva presentato domanda comparativa unicamente con riferimento alla procedura relativa alla concessione in titolarità all'altra appellante soc. Bagno Somalia aveva concesso l'estensione della durata del titolo in suo favore, ha dichiarato di non avere più interesse al ricorso.

L'appello della soc. Bagno Sirena deve essere, pertanto dichiarato improcedibile.

2.Con il primo motivo di censura la residua appellante deduce, con riferimento ai capi nn. 6, 8 e 10 della sentenza: erroneità per travisamento dei

fatti, mancata pronuncia, violazione e falsa applicazione dei principi ricavabili dagli artt. 37 e ss del codice della navigazione approvato con il r.d. 30 marzo 1942 n. 327, violazione e falsa applicazione dei principi ricavabili dagli artt. 6 e 18 reg. att. codice navigazione approvato con il d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328. Evidenza che i motivi di ricorso di primo grado, respinti con i capi della sentenza del TAR qui impugnati, erano rivolti contro la d.d. n. 1508 del 30 novembre 2020 e nei limiti di quanto esposto in fatto contro la d.d. 297/2020, nella parte in cui il Comune di Castiglione della Pescaia, nell'ambito della procedura ex art. 18 reg. att. Cod. Nav. finalizzata all'estensione del termine finale delle concessioni delle appellanti, aveva ritenuto ammissibile l'irrituale opposizione e la domanda concorrente della società controinteressata, in realtà di carattere emulativo. L'illegittimità degli atti impugnati era da individuarsi nell'aver "sospeso" il procedimento facendo trovare ingresso alla domanda della controinteressata del tutto atipica e priva dei presupposti di cui all'art. 6 dello stesso regolamento di attuazione del Codice della Navigazione.

3. Con il secondo motivo di appello la ricorrente deduce, con riferimento al capo n. 9 della sentenza: erroneità della sentenza per violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, violazione e falsa applicazione dei principi ricavabili dall'art. art. 3 comma 4 bis d.l. 5 ottobre 1993 n. 400 conv. con l. 493/1993 e dall'art. 10 del d.p.r. 509/1997. violazione e falsa applicazione dei principi ricavabili dall'art. 2 della l. 7 agosto 1990 n. 241.

Reitera la censura proposta in primo grado avverso il provvedimento di sospensione che disponeva di valutare l'istanza di proroga ex art. 4 bis, convertito in l. 493/1993, nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica avviata con la citata determina 97/20 di esame delle istanze di proroga generalizzata *ex lege* 145/2020.

Le censura, da esaminarsi congiuntamente per la loro stretta connessione, non sono fondate.

3.1. Il Tar Toscana ha condivisibilmente affermato che il Comune ad esito delle domande di proroga pervenute, con determina n. 97 del 20 gennaio

2020 ne ha disposto la pubblicazione per 20 giorni ai sensi dell'art. 18 del regolamento attuativo del codice della navigazione, invitando eventuali interessati a presentare osservazioni o opposizioni, in difetto delle quali avrebbe proceduto alla proroga quindicennale. Né il citato art. 18 né la suddetta determina imponeva ai terzi interessati di presentare un'offerta da comparare con la proposta della richiedente la proroga. Inoltre, le argomentazioni che hanno poi portato l'amministrazione a denegare l'estensione temporale delle concessioni demaniali già intestate alle ricorrenti si fondavano su principi giuridici valevoli a prescindere dalla formulazione delle osservazioni della controinteressata, richiedendo solo una manifestazione di interesse.

Tale manifestazione di interesse non richiedeva quindi, i requisiti previsti dall'art 6 del regolamento di attuazione del Codice della Navigazione.

È evidente che la previa acquisizione delle manifestazioni di interesse da parte dell'amministrazione non poteva che preludere all'espletamento della procedura comparativa.

Infatti, preso atto del deposito dell'osservazione e manifestazione di interesse pervenuta dagli odierni controinteressati il competente ufficio comunale, con determina n. 297 del 28 febbraio 2020 ha disposto di: 1. procedere al rilascio di licenza suppletiva per l'estensione temporale di quindici anni della durata delle concessioni demaniali pubblicate per le quali non vi è stata alcuna manifestazione di interesse; 2. rinviare ad una successiva fase di comparazione la definizione dei procedimenti per le concessioni demaniali oggetto di opposizione e contestuale manifestazione di interesse.

3.2. Quanto alla seconda censura il Tar ha affermato che: *“Secondo il citato comma 4 bis “Le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle*

autorità, portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84” Trattasi di norma che non contempla la proroga ma disciplina l’affidamento mediante concessione di aree del demanio marittimo, la cui durata deve tenere conto della necessità di ammortizzare gli investimenti previsti, fermo restando che la scelta del concessionario soggiace comunque ai principi di evidenza pubblica valorizzati dalla direttiva dell’Unione Europea n. 123 del 2006”

L’art. 3, comma 4 bis, della legge 494/93, recita testualmente: “*Le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell’entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni*”. La norma, evidentemente, facendo riferimento alle “*opere da realizzare*” si riferisce soltanto alle nuove concessioni demaniali e non può di certo essere interpretata al fine di richiedere ed ottenere la proroga di una concessione demaniale già esistente.

Si osservi, al riguardo, che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 180 del 20 maggio 2010 ha dichiarato illegittimo, l’art. 1 della Legge Regione Emilia-Romagna n. 08/09 che offriva della norma nazionale la stessa illegittima interpretazione che l’appellante qui propone.

In quel giudizio secondo la Regione Emilia-Romagna, la norma collegava la durata delle concessioni agli investimenti effettuati dal concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. La norma regionale prevedeva, infatti, la possibilità di una proroga della durata della concessione solo a seguito della presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene dato in concessione, che, solo se apprezzato dall’amministrazione di riferimento, avrebbe determinato una maggiore durata del rapporto concessorio, proporzionale alla tipologia di investimento proposto, al fine di consentire l’ammortamento dei costi e l’equa remunerazione dei capitali investiti.

La Corte Costituzionale ha rilevato che questo argomento, però, avrebbe avuto un senso solo se – per ipotesi – la norma impugnata avesse avuto lo scopo di ripristinare la durata originaria della concessione, neutralizzando gli

effetti di una precedente norma che, sempre per ipotesi, avesse arbitrariamente ridotto la durata della stessa. Nel caso all'esame della Corte, invece, si trattava della proroga di una concessione già scaduta, e pertanto non vi era alcun affidamento da tutelare con riguardo alla esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione, perché al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l'arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti, e su di esso ha potuto fare affidamento.

3.3. Né è pertinente il riferimento alla Sentenza CGE “Promo Impresa” del 14 luglio /2016 cause riunite C-458/14 e C-67/15, in ordine alle proroghe “caso per caso”. La decisione aveva a riguardo a risalenti investimenti fatti in un periodo in cui il concessionario poteva legittimamente aspettarsi un rinnovo della concessione, prima dell'adozione della Direttiva Bolkestein (2006) e prima delle plurime proroghe disposte dal legislatore italiano alle concessioni demaniali marittime. La pronuncia si limita ad affermare che: “... una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. In tal senso, è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico”.

Condivisibilmente, il Tar ha rilevato che “Trattasi di norma che non contempla la proroga ma disciplina l'affidamento mediante concessione di aree del demanio marittimo, la cui durata deve tenere conto della necessità di ammortizzare gli investimenti previsti, fermo restando che la scelta del concessionario soggiace comunque ai principi di evidenza pubblica valorizzati dalla direttiva dell'Unione Europea n. 123 del 2006”.

Peraltro, la ricorrente non ha fornito alcuna dimostrazione circa la sussistenza dei presupposti dell'applicazione dell'invocata disposizione legislativa, la quale richiede la presentazione di un piano di investimenti da realizzare (e non già realizzati) di entità proporzionata, ai fini del suo ammortamento, alla durata della nuova concessione demaniale.

3.4. In ogni caso, la proroga generalizzata di cui all'art. 1, comma 683, della legge 145/2018 non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento per il noto contrasto con gli artt. 12 e seguenti della Direttiva CE 123/06 e art. 49 e seguenti del Trattato FUE

Correttamente il Comune di Castiglione della Pescaia con determina n. 297/20 e n. 1508/20 decideva di non concedere detta proroga alla concessione di cui la controinteressata assumeva di essere titolare; ciò al fine di sottoporla a procedura comparativa a seguito della manifestazione di interesse presentata dalla soc. Carozza e Friani.

In base al principio comunitario di concorrenzialità, le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara (C.d.S. V, 11 giugno 2018). Pertanto, per l'affidamento del relativo contratto (attivo e non passivo) è necessario e sufficiente, in assenza di specifici autovincoli posti dalla P.A, il "*rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*". Segnatamente, come rilevato dal Consiglio di Stato, ogni procedura di evidenza pubblica volta all'adozione comparativa di provvedimenti ampliativi dev'essere sorretta da idonei criteri predeterminati di selezione delle proposte che, nella specie, sono del tutto mancati.

Giova rammentare, invero, che, conformemente ai principi del diritto unionale, come desumibili anche dalla giurisprudenza della CGUE, la concessione della gestione di arenili per finalità turistico-ricreative deve rispondere a criteri di imparzialità, trasparenza e par condicio : in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e il novellato art. 37 del cod.

nav. subordinano il rilascio di concessioni demaniali marittime all'espletamento di procedure selettive ad evidenza pubblica (Cassazione civile, sez. II, 25/01/2021, n. 1435; si veda anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, nr. 18, in particolare al punto 17 secondo cui "*L'obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che "l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva"* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103)").

A tanto può ulteriormente aggiungersi che, anche laddove si potesse configurare un procedimento volto all'adozione di provvedimenti ampliativi privo dei necessari criteri predeterminati (ciò che per il Collegio è comunque inammissibile), in ogni caso la comparazione delle proposte ex art. 37 del cod.nav. dovrebbe avvenire con provvedimento congruamente ad approfonditamente motivato circa le specifiche ragioni di preferenza.

Invero, come rilevato dal Consiglio di Stato: "*... il rilascio delle concessioni demaniali marittime implica l'espletamento di una procedura comparativa ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza. Le predette concessioni hanno come oggetto beni economicamente contendibili, limitati nel numero e nell'estensione, che, pertanto, possono essere dati in concessione ai privati a scopi imprenditoriali solo attraverso un confronto concorrenziale governato dai principi generali relativi ai contratti pubblici... inoltre le norme italiane che prorogano in modo automatico le concessioni demaniali marittime sono in contrasto con il diritto europeo e, pertanto, vanno disapplicate"* (Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, sentenze nn. 17 e 18).

Si consideri, ancora, che recentemente la giurisprudenza è giunta ad un livello massimo di apertura, rilevando che "*l'obbligo di espletare una procedura concorsuale*

sussiste anche nei casi in cui non siano state formulate preventivamente istanze per il conseguimento del bene della P.A., atteso che l'interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe manifestarsi solo in seguito all'avvio di una procedura di evidenza pubblica" (ex multis, C.G.A. sentenza n. 302/09 del 27 aprile 2009).

La Corte di Giustizia europea (Corte giustizia UE sez. III, 20/04/2023, n.348) è tornata a pronunciarsi sulla nota questione delle concessioni di occupazione delle spiagge italiane in rapporto alla normativa UE, ed in particolare in applicazione della c.d. Direttiva Bolkestein, 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, ribadendo che ai sensi di tale direttiva, per l'assegnazione di concessioni di occupazione del demanio marittimo, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali. L'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico.

L'appello deve essere, pertanto, respinto.

Le spese seguono la soccombenza e liquidate come da dispositivo, vanno poste a carico della Bagno Somalia S.r.l in favore di entrambi i resistenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile l'appello di Bagno Sirena S.a.s. e respinge quello di Bagno Somalia S.r.l.

Condanna Bagno Somalia S.r.l al pagamento delle spese processuali che liquida in favore di entrambi i resistenti in €4000,00 ciascuno, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Rosaria Maria Castorina

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO