

N. 05123/2012REG.PROV.COLL.

N. 05600/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5600 del 2008, proposto dal Sig. ..., rappresentato e difeso dall'avvocato .., con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, ...;

contro

Regione Emilia-Romagna-Assessorato Turismo e Commercio, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati ..., con domicilio eletto presso il primo in Roma, via ...;

.. sas di .. snc di, rappresentata e difesa dall'avvocato .., con domicilio eletto presso lo studio ... in Roma, ...;

per la riforma

della sentenza 14 febbraio 2008, n. 221 del Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia-Romagna, Bologna, Sezione prima

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti ..

FATTO e DIRITTO

1.– La Capitaneria di Porto di Rimini aveva dato in concessione al Dopolavoro Postelegrafonici di Rimini (per l'uso esclusivo degli associati) un'area ubicata in Rimini, Lungomare Murri, avente superficie di mq 222, su cui insiste un chiosco adibito a bar denominato «...

A decorrere dal 1992 il Dopolavoro Postelegrafonici ha dato "in affitto" il bar al sig. ..., con il suo conseguente utilizzo come pubblico esercizio.

Con provvedimento del 27 giugno 2000 la Capitaneria ha respinto la domanda – formulata dal CRAL – di rinnovo della concessione, scaduta il 31 dicembre 1997, in ragione dell'abusivo impiego dell'area che non era più di esclusivo utilizzo dei soci.

Con atto del 6 aprile 2004, il Responsabile del Servizio Turismo e Qualità Aree Turistiche della Regione Emilia Romagna ha comunicato, ai soggetti che avevano presentato istanza, l'avvio del procedimento per l'assegnazione della concessione dell'area in questione, fissando il termine di trenta giorni per formulare osservazioni scritte e domande concorrenti.

Con atto del 26 maggio 2004, lo stesso Responsabile ha reso noto che erano state presentate talune domande che, unitamente alla allegata documentazione, sarebbero state depositate per i successivi trenta giorni (con decorrenza dal 1° giugno 2004 fino al successivo 1° luglio) e che, entro tale termine, si sarebbero potute presentare osservazioni scritte, nonché domande concorrenti.

Con atto del 26 luglio 2004, il predetto Responsabile ha dato notizia dell'avvenuta presentazione di un'ulteriore domanda di concessione da parte della società ..e di ... con possibilità di presentare osservazioni nei successivi quindici giorni.

L'esame delle domande si è svolto nell'ambito di una conferenza di servizi, convocata nelle sedute del 14 luglio e 14 settembre 2004, che ha concluso i propri lavori indicando la preferenza per la domanda della ... In particolare, si afferma nel verbale della prima seduta – richiamando taluni criteri di valutazione delle domande contenuti nella delibera della Giunta regionale 17 febbraio 2003, n. 226 – che tale preferenza era giustificata dal fatto che la proposta della .. prevedesse, tra l'altro, la prestazione di servizi a vantaggio della qualità dell'ambiente, come la raccolta differenziata di rifiuti, la realizzazione di strutture che consentono risparmi energetici, nonché la gestione accentrata di stazioni balneari.

Con atto del 25 novembre 2004, prot. n. 39492, l'ente ha comunicato ai partecipanti alla procedura concorsuale l'avvenuta scelta della .. «in ragione delle garanzie di più proficua utilizzazione della concessione e della maggior rispondenza ad un più rilevante interesse pubblico», con rinvio alle ragioni indicate nel verbale della conferenza di servizi del 14 luglio 2004.

Con atto del 12 aprile 2005, l'ente ha rilasciato alla ..la concessione dell'area suindicata per la durata di settantadue mesi.

Il sig. ..., che aveva partecipato al procedimento, ha impugnato gli atti del procedimento, nonché la concessione, con distinti ricorsi, n. 1773 del 2004, n. 171 e 864 del 2005, innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale Emilia Romagna.

1.1.– Il Tar adito, con sentenza 14 febbraio 2008, n. 221, ha, previa riunione, rigettato i ricorsi proposti.

2.– Il ricorrente in primo grado ha proposto appello per i motivi indicati nel prosieguo.

2.1.– Si è costituita in giudizio la Regione Emilia-Romagna e la .. chiedendo il rigetto dell'appello.

3.– L'appello – a prescindere dalle eccezioni di inammissibilità e improcedibilità sollevate dalle parti intime – non è fondato.

4.– In via preliminare deve rilevarsi che, con atto del 7 maggio 2012, la difesa della controinteressata ha comunicato il decesso del difensore dell'appellante avvenuta in data 10 febbraio 2010, con conseguente interruzione automatica del processo.

Con atto del 23 maggio 2012 si è costituito nel presente giudizio l'Avvocato .. che ha depositato la relativa procura speciale conferita dal sig. ..

Tale atto, pur non essendo stato notificato, può valere come riassunzione in forma semplificata del giudizio, in quanto le altre parti, come risulta dagli atti del giudizio ne hanno comunque avuto conoscenza.

Né vale obiettare, come fa la controinteressata, che, essendo decorso un anno dalla verifica dell'evento interruttivo senza che sia stato compiuto alcun atto della procedura (art. 81 cod. proc. amm.), il processo è perento. In questi casi, infatti, a prescindere dalla fondatezza dell'eccezione, operano esclusivamente le disposizioni previste dalle norme in materia di interruzione. In altri termini, se la riassunzione è avvenuta nei modi previsti dalla legge, manifestando così l'attuale interesse alla definizione del giudizio e al conseguimento della tutela giurisdizionale, non può evocarsi il diverso istituto della perenzione.

3.1.– Con un primo motivo si assume che, per errore, nella sentenza si afferma che la concessione avrebbe per oggetto l'area demaniale compreso il manufatto denominato «...». In particolare, si assume che «la presunzione della proprietà dello Stato (...) opera dalla scadenza della concessione alla decisione amministrativa della rimozione oppure dell'acquisizione (...) quale provvedimento assumibile immediatamente dalla amministrazione».

Con motivo, connesso, si contesta la sentenza nella parte in cui si deduce la carenza di legittimazione del ricorrente in ordine alla «situazione giuridica del chiosco» che insiste sull'area demaniale. Inoltre, si assume che il Tar «dimostra di non aver distinto che la scelta si esaurisce con l'affidamento della concessione rappresentato dall'atto dispositivo intestato al concessionario prescelto; atto che stabilisce la consegna e il ricevimento del bene demaniale, la durata della concessione, le condizioni d'uso, il tempo di attuazione e le responsabilità consequenziali della concessione, così onerando il concessionario e definendo quel rapporto».

Il motivo, così riassunto, a prescindere dalla sua non chiarezza e genericità, non è fondato.

L'art. 49 cod. nav. prevede che – quando la concessione diventa inefficace per decorso del termine finale – «le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso». Non si comprendono le ragioni, indicate nell'atto di appello, per le quali tale disposizione non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie.

Essa, comunque, esprime un principio di ordine generale, applicabile anche nel caso di specie, nel quale la concessione (a suo tempo rilasciata) già aveva perso efficacia con la scadenza del termine.

Inoltre, in considerazione del suo dato letterale, la medesima disposizione comporta l'acquisto *ipso iure* delle opere: il successivo atto amministrativo, avente il *nomen iuris* di 'incameramento' o altro equivalente, ha natura meramente ricognitiva e di accertamento, consente le ulteriori formalità

anche di natura catastale per rendere ostensibili anche ai terzi le situazioni di fatto e di diritto venutesi a verificare, ma non è assolutamente necessario affinché l'Amministrazione possa essere considerata titolare delle opere costruite sull'area demaniale.

Sotto tale profilo, ove l'originario concessionario (ovvero un altro soggetto, pur col consenso del medesimo originario concessionario) continui ad utilizzare di fatto il bene malgrado la scadenza del titolo concessorio, l'Amministrazione è senz'altro legittimata ad esercitare *erga omnes* il proprio potere di autotutela, anche possessoria, e deve chiedere – a chi utilizzi le opere (e a chi ha consentito tale utilizzo) – il risarcimento del danno derivante dalla occupazione divenuta *sine titulo*.

Pertanto, vanno respinti tutti i profili di censura rivolti contro gli atti impugnati, che l'appellante ha comunque basato sulla deduzione secondo cui sarebbe stato necessario nella specie un atto di 'incameramento'.

In ogni caso, considerato che oggetto della controversia è la legittimità della procedura concorsuale, non sussiste alcun interesse dell'appellante, una volta rilevata la validità della concessione rilasciata alla controinteressata, a censurare l'ambito del rapporto concessorio.

3.1.– Con un secondo e terzo motivo si assume che, per errore, nella sentenza si afferma che non si poteva ricorrere alla procedura di cui all'art. 18 del reg. cod. nav., in quanto la particolare importanza, considerata dalla predetta disposizione, è «quella riferibile alla entità e allo scopo dell'opera che sono condizioni non afferibili alla concessione» in esame. Si aggiunge, inoltre, che non occorre neanche consentire, come rilevato dal Tar, la «massima concorrenza», in quanto «il caso in giudizio mira a risolvere il concorso di esistenti domande di concessione».

I motivi non sono fondati.

In primo luogo, le determinazioni della Regione, concernenti l'indizione della gara, risultano anche conseguenza di una valutazione complessiva, che tiene conto del contenuto di una sentenza del TAR della Emilia Romagna (n. 260 del 2003, resa su ricorso di un altro aspirante alla concessione).

In secondo luogo, rileva l'art. 18 del reg. cod. nav., il quale dispone che, «quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia».

L'art. 18 consente all'Amministrazione di valutare gli interessi pubblici e privati coinvolti e di esprimere le proprie valutazioni discrezionali in ordine alla concreta sussistenza di una «concessione di particolare importanza».

Nella specie, l'amministrazione, in ragione della peculiare collocazione dell'area nel lungomare di Rimini, ha ritenuto, con una valutazione che si sottrae alle censure prospettate, di qualificare la concessione stessa di particolare importanza.

Essa ha, infatti, preso in esame le concrete circostanze di fatto e le caratteristiche dell'area in questione, giungendo alla conclusione di porre in essere un procedimento basato sui principi della trasparenza e della concorrenza.

In ogni caso, deve rilevarsi, come, anche a non voler considerare il potere previsto dal sopra riportato art. 18, l'amministrazione, in ossequio a principi di rilevanza europea e costituzionale di tutela della concorrenza, aveva comunque l'obbligo di indire una procedura concorsuale volta ad

individuare il concessionario del bene pubblico in questione, non essendo risultato alcun titolo di un soggetto particolare, tale da impedire l'indizione della gara.

3.2.– Con un quarto motivo si assume la erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che l'appellante non abbia un diritto di insistenza, perché la sua precedente gestione non aveva formato oggetto di concessione. Sul punto si afferma come lo stesso abbia, invece, gestito il pubblico servizio «in assoluta regolarità formale». Con altro connesso motivo si assume che, nella scelta del concessionario, sarebbe stata ignorata la «gestione ultradecennale di quel chiosco» da parte dell'appellante.

I motivi, così riassunti, sono palesemente infondati.

L'art. 37, secondo comma, cod. nav., nella versione vigente all'epoca dei fatti, prevedeva che è «data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze» (questa disposizione è stata abrogata dal decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194).

Nel caso in esame tale disposizione non poteva essere applicata in sede amministrativa, in quanto, come correttamente rilevato dal primo giudice, l'appellante non era titolare di una concessione, ma di un ulteriore rapporto 'contrattuale' instaurato con il titolare della concessione stessa (di cui in questa sede non occorre esaminare la validità o meno), peraltro poi divenuta inefficace a causa del suo mancato rinnovo.

Nei confronti dell'Amministrazione, egli dunque risultava un occupante abusivo.

Inoltre, l'esistenza di tale rapporto, da considerare *contra legem*, non poteva costituire, anche avuto riguardo ai criteri di valutazione predeterminati, un elemento da prendere in esame dall'amministrazione nell'assunzione della decisione finale.

3.3.– Con un quinto motivo si assume la erroneità della sentenza nella parte in cui afferma l'irrilevanza delle domande presentate ogni anno dall'appellante dal 1999 al 2004 per ottenere la concessione. Ciò in quanto il Tar «evita di prendere atto della inefficienza amministrativa» e della situazione di «disoccupazione del ricorrente».

Il motivo non è fondato.

In primo luogo, rileva la Sezione che gli atti impugnati in primo grado, per il loro univoco contenuto volto ad assegnare l'area demaniale sulla base di una procedura di evidenza pubblica, vanno qualificati anche come atti impliciti di reiezione di ogni istanza volta ad ottenere la medesima assegnazione sulla base di una 'trattativa privata'.

In secondo luogo, osserva la Sezione che le questioni sollevate dall'appellante – pur se volte ad evidenziare un incongruo silenzio dell'Amministrazione – esulano comunque dal presente giudizio.

Peraltro, in ragione della assenza di alcun titolo giuridico (in capo all'appellante) riferibile all'Amministrazione, e in considerazione della esigenza, sopra rilevata, della applicazione dei principi di trasparenza e di concorrenza, per quanto rileva in questa sede non si possono considerare viziati gli atti con cui l'Amministrazione, nel rispetto della legge, ha indetto e concluso la procedura concorsuale.

3.4.– Con un sesto e settimo motivo si assume la erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto illegittima la convocazione della conferenza di servizi istruttoria, per mancanza di più

interessi pubblici coinvolti. Inoltre, si assume che il Tar non avrebbe rilevato la invalidità delle operazioni atteso che, da un lato, nella prima seduta della conferenza del 14 luglio 2004 sarebbe stata scelta, quale concessionaria, la controinteressata e nella successiva i partecipanti si sarebbero limitati a prenderne atto, dall'altro, non sarebbero state prese in esame le osservazioni prospettate dall'appellante.

I motivi non sono fondati.

L'art. 14 della legge n. 241 del 1990 prevede che, «qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, l'amministrazione procedente può indire una conferenza di servizi».

La decisione di indire la conferenza istruttoria rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione che, nel caso in esame, lo ha esercitato senza violare le regole di formazione della volontà amministrativa: dagli atti del giudizio risulta, infatti, che vi era la necessità di prendere in esame la posizione, tra gli altri, dell'Agenzia delle dogane e del Comune di Rimini.

Sotto altro aspetto, deve, inoltre, rilevarsi come l'appellante non abbia neanche indicato le ragioni per le quali tale indizione abbia arrecato un *vulnus* alla sua sfera giuridica.

Per quanto attiene poi alla mancata considerazione delle sue osservazioni, deve ritenersi che l'amministrazione, come risulta chiaramente dal verbale della conferenza di servizi del 14 settembre 2004, le ha prese in esame per ritenerle, del tutto ragionevolmente, prive di incidenza sulla determinazione finale.

Con riferimento, infine, alla doglianza relativa al rinvio della conferenza di servizi deve ritenersi che, a prescindere ancora una volta dalla mancanza indicazione di un effettivo interesse dell'appellante, il medesimo rinvio è stato giustificato, come emerge dal verbale, dall'esigenza di consentire – in una apprezzabile ottica di effettiva trasparenza – l'adeguata pubblicità della domanda presentata dalla Blusos.

3.5.– Con un ottavo motivo si assume la erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato l'illegittimità della decisione amministrativa di consentire all'appellante la sola consultazione delle domande presentate e non anche della documentazione ad esse allegata.

Il motivo non è fondato.

La limitazione all'accesso era giustificato, come correttamente rilevato dal Tar, dalla circostanza che fosse ancora in corso il procedimento concorsuale di scelta del concessionario. L'appellante ha comunque avuto la possibilità, in data 9 agosto 2004, all'esito della procedura concorsuale, di ottenere copia della documentazione necessaria per difendersi in giudizio.

3.6.– Con un nono e decimo motivo si assume la erroneità della sentenza nella parte in cui non si è accertato che: a) la società concessionaria si è costituita dopo l'avviso del 26 maggio 2004; b) la domanda della .. è stata depositata il 30 giugno 2004 e pertanto dopo il termine del 1° giugno stabilito dall'amministrazione; c) è stata ammessa nella procedura, unitamente alla domanda della Soc. ... anche quella della Soc. snc e del Sig. ... in violazione legge n. 109 del 1994.

I motivi non sono fondati.

La ... ha presentato la domanda di partecipazione entro il termine del 1° luglio 2004 fissato dalla stessa amministrazione con l'avviso del 26 maggio 2004.

Per quanto attiene, poi, alla lamentata "doppia partecipazione" deve rilevarsi che nei procedimenti concessori aventi ad oggetti beni pubblici attrezzati non si applicano, come correttamente rilevato dal Tar, tutte le norme puntuali che disciplinano il diverso settore dei lavori pubblici. Non è, pertanto, illegittima l'ammissione alla procedura di soggetti che partecipano a titolo individuale e associativo.

3.7.– Con un ulteriore motivo si assume la erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondate e inammissibili le censure con le quali il ricorrente ha rilevato la violazione della normativa urbanistica, la mancanza di interesse pubblico e dei parametri di valutazione delle domande. In particolare il Tar ha ritenuto che «si tratta di censure in parte inammissibile, perché riferite a profili (quelli urbanistici) dai quali non risulta derivato alcun pregiudizio per la posizione del ricorrente, in parte infondate, tenuto conto che i criteri da seguire per l'individuazione del concessionario» erano quelli esplicitati nella deliberazione della Giunta regionale del 17 febbraio 2003 n. 226.

Il motivo d'appello è inammissibile per genericità, in quanto l'appellante non indica le ragioni per le quali la statuizione del primo giudice dovrebbe esser riformata.

Tale statuizione, in ogni caso, si sottrae alle censure prospettate. In particolare, deve sottolinearsi che nella citata delibera della Giunta, adottata in attuazione della legge della Regione Emilia-Romagna 31 maggio 2009, n. 9, sono stati indicati i criteri di valutazione delle domane di concessione che poi, come risulta dal verbale della conferenza di servizi del 14 luglio 2005, sono stati concretamente applicati (vedi punto 1 della presente motivazione).

4.– Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto.

La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 5600 del 2008, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Le spese del presente grado del giudizio sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)