

Pubblicato il 03/01/2025

N. 00034/2025REG.PROV.COLL.
N. 01997/2024 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 1997 del 2024, proposto da
Torre Viola S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Renato Ciamarra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

contro

Comune di Gaeta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniela Piccolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

nei confronti

Pontarelli S.r.l., Maria Pontarelli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Marco Tomassi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00853/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gaeta, di Pontarelli S.r.l. e di Maria Pontarelli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2024 il Cons. Marco Valentini e uditi per le parti gli avvocati Renato Ciamarra, Daniela Piccolo e Marco Tomassi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Avanti il giudice di prime cure, l'originaria ricorrente, odierna appellante, ha chiesto:

- quanto all'atto introduttivo del giudizio:

A) l'annullamento della determinazione dirigenziale del Comune di Gaeta prot. n. 34823 del 12 luglio 2022, con cui è stato autorizzato, ai sensi dell'art. 46 cod. nav., il subingresso della Pontarelli s.r.l. nella concessione demaniale marittima n. 4 del 26 maggio 2015, intestata a Maria Pontarelli, nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti;

B) l'accertamento del diritto al subentro della ricorrente nell'affidamento della concessione demaniale marittima n. 4 del 26 maggio 2015;

- quanto all'atto di motivi aggiunti

A) l'annullamento della nota prot. n. 12906 dell'8 marzo 2023, con la quale è stata rigettata l'istanza di annullamento d'ufficio assunta al prot. n. 3430 del 19 gennaio 2023.

Il primo giudice ha dichiarato inammissibile il ricorso integrato dai motivi aggiunti.

In particolare, il TAR ha rilevato in fatto che Maria Pontarelli è titolare della concessione n. 4/2015 del 26 maggio 2015, relativa ad un'area demaniale marittima di mq 25,00 di arenile libero in Gaeta, località spiaggia dell'Ariana, posta tra gli stabilimenti balneari "Lido Eden" e Lido "Ariana", allo scopo di depositarvi attrezzature da spiaggia (sedie a sdraio, lettini e ombrelloni e pedalò e/o altri natanti senza motore), di noleggiarle a richiesta degli utenti interessati e di fornire il servizio di assistenza ai bagnanti, i servizi igienici e di guardiania notturna previsti dalla delibera della Giunta municipale n. 87 del 26 marzo 2015 nel tratto di spiaggia adiacente, il tutto nel periodo della stagione balneare e sino al 31 dicembre 2033.

In tale qualità, affermando di esercitare attualmente la concessione in forma di ditta individuale e di avere interesse a farlo in forma societaria, ha chiesto la voltura del titolo e la contestuale autorizzazione al sub-ingresso nel godimento di essa - ai sensi degli artt. 45-bis e 46 cod. nav. - di Pontarelli s.r.l.s., di cui la medesima è amministratore, legale rappresentante e socia di maggioranza con il 95% delle quote.

Conseguentemente, l'Amministrazione civica ha pubblicato la citata istanza del 21 aprile 2022 e un avviso mediante il quale ha invitato chiunque ne avesse interesse a partecipare alla procedura di affidamento a terzi.

L'odierna appellante ha così manifestato il proprio interesse all'affidamento, mediante sub-ingresso, della concessione demaniale già intestata all'appellata.

Con determinazione dirigenziale del 12 luglio 2022, non comunicata all'odierna appellante, il Comune di Gaeta ha autorizzato Pontarelli s.r.l.s. al sub-ingresso nella concessione demaniale n. 4 del 2015 già in titolarità di Maria Pontarelli.

Con istanza del 20 gennaio 2023, l'odierna appellante ha inviato all'Amministrazione un'istanza di riesame.

Il Comune di Gaeta ha rigettato la citata istanza illustrando le ragioni della ritenuta insussistenza dei presupposti per intervenire in sede di riesame.

Tanto premesso, il TAR ha rilevato che l'originaria ricorrente, odierna appellante, non ha impugnato la nota municipale del 1° giugno 2022 con i relativi allegati, cioè il provvedimento che ha precostituito le regole della speciale procedura a evidenza pubblica non competitiva al cui esito è stato autorizzato il subingresso.

Pertanto, l'oggetto della domanda impugnatoria formulata nel ricorso introduttivo è costituito, secondo il TAR, unicamente dall'autorizzazione che il Comune di Gaeta il 12 luglio 2022 ha rilasciato a Pontarelli s.r.l.s.

a subentrare, ai sensi dell'art. 46 cod. nav., a Maria Pontarelli nel godimento della concessione demaniale marittima n. 4 del 2015, avente scadenza 31 dicembre 2033.

Ciò comporta, secondo il giudice di prime cure, che in ipotesi di eventuale accoglimento del gravame, la procedura *de qua*, ormai retta da una *lex specialis* inoppugnabile, sarebbe ripetuta con le medesime modalità che non prevedono una gara in senso proprio, ma la mera acquisizione di manifestazioni di interesse da sottoporre al concessionario per consentirgli una più ampia scelta sull'identificazione dal soggetto da cui farsi surrogare, essendo a quest'ultimo esplicitamente conferito il potere di scegliere il soggetto da far subentrare nella propria posizione.

Da quanto sopra esposto consegue, ad avviso del TAR, che sono inammissibili tutte le doglianze proposte nell'atto introduttivo del giudizio per censurare l'operato del Comune di Gaeta.

La disciplina relativa al subingresso nella concessione demaniale marittima, argomenta il primo giudice, delinea un istituto *sui generis*, contemporaneamente diverso dal rilascio della concessione (artt. 36 e ss. cod. nav.), ma anche dalla mera autorizzazione, trattandosi della sostituzione di un soggetto nell'ambito di un rapporto concessorio preesistente (del quale permangono le condizioni e scadenze), e dunque di una novazione soggettiva, che necessariamente partecipa della natura della concessione demaniale, configurando una sorta di fenomeno derivativo.

Non essendovi un *corpus* di norme, statali o regionali, che prefigurino in modo dettagliato e rigoroso quali debbano essere, in concreto, le procedure da seguire in questa materia, ne deriva che l'evidenza pubblica a cui si riferisce l'art. 53-bis, comma 3, della legge regionale n. 13/2007, è caratterizzata, soggiunge il giudice di prime cure, dall'informalità e dalla rispondenza ai soli principi generali di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento.

Pertanto, nell'alveo delle procedure ad evidenza pubblica evocate ma non meglio definite dall'art. 53-bis, comma 3, della legge regionale n. 13/2007, è necessario distinguere quelle propriamente comparative, riservate alla sola ipotesi di rilascio di nuove concessioni demaniali marittime, da quelle che, giusto l'art. 14, comma 2, della legge regionale n. 19/2016, sono, più semplicemente, rivolte a rendere pubbliche le istanze presentate dai concessionari ai sensi degli artt. 45-bis e 46 cod. nav.

Anche i motivi aggiunti sono inammissibili, per il primo giudice, per elusione del termine decadenziale posto dall'art. 29 cod. proc. amm..

Avverso la sentenza impugnata in data 8 marzo 2024 è stato depositato ricorso in appello.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Gaeta, Pontarelli S.r.l. e Maria Pontarelli.

Con ordinanza n. 2749/2023 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza impugnata.

In data 14 novembre 2024 ha depositato memoria il Comune di Gaeta.

In data 15 novembre 2024 hanno depositato memoria Pontarelli S.r.l. e Maria Pontarelli.

In data 25 novembre 2024 ha depositato memoria la parte appellante.

Nell'udienza pubblica del 17 dicembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In sede di appello, è stato dedotto:

-Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 53 bis comma 3 della legge regionale numero 13 del 2007. Violazione del principio di par condicio, difetto di motivazione e di istruttoria, difetto della procedura competitiva, lesione della parità di trattamento, violazione del principio di non discriminazione del principio di trasparenza tra gli operatori economici. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del D.lgs. 18.04.2016 n. 50. Difetto di istruttoria, difetto di qualsivoglia valutazione comparativa e di motivazione della scelta operata dall'Amministrazione – Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990.

Sostiene l'appellante che non può revocarsi in dubbio che, in tema di concessioni, lo schema della gara informale di cui all'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 costituisce un modulo procedimentale caratterizzato da amplissima discrezionalità dell'amministrazione nella fissazione delle regole selettive, con conseguente non soggezione alle regole interne e comunitarie dell'evidenza pubblica, ferma restando la necessità del rispetto dei principi di logicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione tra i concorrenti, garantita attraverso idonea pubblicità delle procedure selettive e valutazione comparativa di più offerte.

La procedura, come noto, si caratterizza per una maggiore speditezza e semplificazione procedimentale e il grado di pubblicità della selezione deve necessariamente essere commisurato all'entità della concessione in relazione alla sua rilevanza economica, ma comunque, non può mancare *tout court*, come nel caso di specie, ove sarebbe assolutamente mancato il rispetto dei detti principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità e di valutazione comparativa fra i soggetti interessati.

Il Comune avrebbe posto in essere atti e condotte mirati a consentire alla precedente concessionaria, favorendola, la scelta del nuovo concessionario, al punto di offrire alla stessa Pontarelli la facoltà di porre in essere le valutazioni in considerazione della intervenuta manifestazione di interesse offerta della Torre Viola s.r.l., ovvero di opporsi al rilascio delle copie degli atti in favore della stessa Torre Viola s.r.l.

-Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 45 bis del CdN. – Difetto di istruttoria e di motivazione- sulla violazione dell'avviso Prot. 27759 del 01.06.2022 del Comune di Gaeta e delle regole in esso contenute. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 bis comma 3 della L.R Lazio n. 13/2007. Violazione dei criteri di cui all'avviso

Espone l'appellante che il Comune, all'esito della volontà manifestata dalla concessionaria Pontarelli con la istanza del 21 aprile 2022, si è imposto dei criteri di svolgimento della procedura di affidamento a terzi.

I punti maggiormente significativi di tali regole sono due: la necessità della procedura di pubblica evidenza, nel rispetto della norma regionale, e il divieto di scelta del terzo da parte dell'affidatario.

Il Comune ha palesemente violato, secondo l'appellante, entrambi i criteri della procedura ai quali si era vincolato con l'Avviso del 1° giugno 2022 prot. 27759, eludendo i principi di vincolatività dei criteri della *lex specialis*.

In maniera del tutto illegittima, evidenzia l'appellante, disapplicando completamente ed integralmente i criteri di procedura che aveva indicato nell'avviso, il Comune ha sostanzialmente consentito al concessionario precedente di scegliere (senza gara, senza alcuna valutazione comparativa, senza trasparenza, senza pubblicità,

senza alcuna logica e motivazione) il soggetto che sostituisce il precedente affidatario.

Ciò si deduce dalla diversità sostanziale che vi è fra la sub gestione ex art. 45 bis (dell'attività) che consente la scelta da parte dell'affidatario del subentrante (nella gestione) e non nella concessione, rispetto alla diversa ipotesi di cui all'art. 46, ove si realizza una vera e propria investitura di un nuovo concessionario, al posto del precedente.

In sostanza, il Comune avrebbe omesso di esercitare i suoi poteri con violazione e falsa applicazione della normativa nazionale e regionale spogliandosi dei poteri di scelta del concessionario, poteri illegittimamente conferiti di fatto allo stesso affidatario.

-Sulla violazione e falsa applicazione degli artt. 45 bis e 46 del CdN, e sulla violazione delle regole di procedura che il Comune si era dato con l'Avviso del 01.06.2022

Evidenzia l'appellante che la disciplina di cui all'art. 45 bis cod. nav. si riferisce alla facoltà del concessionario di affidare in sub gestione la propria attività, oggetto della concessione, ad un terzo di sua scelta, previa autorizzazione del concedente.

L'art. 46, invece, disciplina l'ipotesi, diversa dalla precedente, in cui si vada a sostituire il concessionario.

Argomenta l'appellante che in questo caso l'Autorità concedente, a norma anche dell'art. 53 bis della legge regionale n. 13/2007, e dei principi di fonte comunitaria in materia di gara informale, deve aprire una sorta di procedura ad evidenza pubblica, secondo le regole citate della trasparenza, della pubblicità, della valutazione comparativa, e non può consentire al precedente affidatario di scegliere a suo piacimento il suo successore.

Il medesimo Comune nell'avviso pubblico del 1° giugno 2022 aveva espressamente indicato che la sub concessione a terzi da parte del precedente affidatario non fosse ammessa.

Come si è già anticipato il Comune, in maniera del tutto illegittima, sostiene l'appellante, disapplicando completamente ed integralmente i criteri di procedura che aveva indicato nell'Avviso, avrebbe sostanzialmente consentito al concessionario precedente di scegliere (senza gara, senza alcuna valutazione comparativa, senza trasparenza, senza pubblicità, senza alcuna logica e motivazione) il soggetto che sostituisce il precedente affidatario.

-Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 della LR Lazio N. 14 del 06.08.1999 in ordine alla scelta del soggetto cui affidare la concessione

Evidenzia l'appellante che ai Comuni sono stati delegati i poteri in materia di rilascio delle concessioni relative alle aree del demanio marittimo, comprese quelle immediatamente prospicienti, per finalità turistiche e ricreative e la relativa vigilanza, nonché la classificazione delle aree demaniali e degli specchi acquei in relazione alla valenza turistica, sulla base dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia, e ancora, ai comuni è altresì delegato l'esercizio delle funzioni e dei compiti amministrativi concernenti i provvedimenti di rilascio, di rinnovo e di revoca delle concessioni sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale quando l'utilizzazione abbia finalità turistiche e ricreative.

Da ciò deriva, per l'appellante, che il Comune non avrebbe esercitato i suoi poteri, consentendo

illegittimamente alla Sig.ra Pontarelli di scegliere il soggetto nuovo concessionario, non essendosi trattato, come innanzi indicato, di cessione della sola sub gestione dell'attività, con completa omissione di valutazione comparativa con la ricorrente, senza trasparenza, e senza pubblicità, senza logica alcuna, senza istruttoria e senza motivazione.

L'appello è fondato.

Giova premettere che con ordinanza cautelare n. 81/2023 è stata rigettata in primo grado la domanda di tutela interinale formulata nell'atto di motivi aggiunti, rilevandosi la genericità e ipoteticità del *periculum in mora* e l'assenza di *fumus boni iuris*, *“nutrendo il collegio perplessità sull'ammissibilità stessa del ricorso, dal cui accoglimento non deriverebbe alcun concreto beneficio in capo alla società ricorrente, che non potrebbe comunque conseguire l'affidamento della concessione demaniale marittima intestata alla controinteressata”*.

Tuttavia questo Consiglio, con ordinanza cautelare n. 2749/2023, ha riformato la decisione di prime cure, ritenendo che un vero e proprio obbligo di procedura ad evidenza pubblica per il subingresso nella concessione demaniale marittima sia espressamente previsto dall'art. 53-bis, comma 3, della legge regionale n. 13/2007, e sarebbe anche evincibile dal testo dell'Avviso pubblico del 1° giugno 2022.

Gli argomenti dedotti in sede di appello, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto convergenti sull'aspetto dirimente della fattispecie di cui è causa, cioè sull'obbligo di ricorrere nella fattispecie ad una procedura ad evidenza pubblica, non sono tali da consentire di distaccarsi dall'interpretazione resa in sede di appello cautelare.

Osserva il Collegio, preliminarmente, di non ravvisare profili di inammissibilità nel primo ricorso, stante che la lesività si è concretata solo con il provvedimento che ha autorizzato e disposto il subingresso.

Ciò posto, non può essere elusa la circostanza che con l'Avviso Pubblico, nel richiamare l'art. 53 bis della legge regionale Lazio n. 13/2007, comma 3, il Comune si è autovincolato ad attivare procedure di evidenza pubblica ai fini del rilascio di nuove concessioni, nonché nei casi di affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione e di subingresso ai sensi, rispettivamente, degli articoli 45 bis e 46 del codice della navigazione, e successive modifiche, precisando che la sub concessione a terzi da parte dell'affidatario non fosse ammessa.

Anche a voler prescindere dell'esatta qualificazione, in via interpretativa, della specifica natura della procedura ad evidenza pubblica da porre in essere, per come espressamente richiesta dal richiamato art. 53bis della legge regionale Lazio n. 13/2007, non v'è dubbio che, quale fattore dirimente, nella procedura di cui è causa sia mancata (e comunque non è dimostrato che si sia svolta) un'attività caratterizzata dai dovuti criteri di trasparenza, pubblicità e in difetto di adeguata valutazione comparativa, di fatto consentendo all'originaria concessionaria di indicare direttamente il subentrante senza le garanzie di adeguata valutazione sopra richiamate, senza tenere in considerazione la disposizione dell'Avviso pubblico che espressamente disponeva per la non ammissibilità della sub concessione della concessione a terzi da parte dell'affidatario.

Non è, del resto, irrilevante osservare al riguardo che la procedura (i cui esiti sono contestati nell'ambito della presente vicenda contenziosa) si è conclusa con l'assegnazione della concessione per cui è causa a una società

a responsabilità limitata in forma semplificata che palesa una continuità sostanzialmente piena rispetto alla persona fisica dell'originaria titolare.

L'appello, pertanto, va accolto, e in riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato l'atto di autorizzazione impugnato in primo grado, ferma restando la rimessione all'amministrazione di ogni valutazione sul prosieguo della procedura.

Sussistono nondimeno giusti e peculiari motivi per la compensazione delle spese della presente fase di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo, rimettendo all'amministrazione ogni ulteriore valutazione sul prosieguo della procedura.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

Marco Valentini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Valentini

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO