

**Questa Sezione ha avuto modo di affermare recentemente ( decisione n. 2555 del 24.4.2009) che il nostro ordinamento, sulla scia di significativi impulsi in tal senso rivenienti dal diritto comunitario, è oggi attestato, anche in forza di una lettura inter**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Tale necessità non riguarda quindi il solo settore degli appalti pubblici, ove le discipline di settore, applicative di specifiche direttive comunitarie, hanno reso cogente il principio della selezione del contraente a mezzo di gara, elevandolo a criterio inderogabile funzionale ad assicurare una sana competizione tra imprese ed a scongiurare il rischio della compartimentazione dei mercati nazionali di riferimento ( particolarmente insidioso nella logica dell'obiettivo comunitario di realizzare un mercato unico senza barriere interne).

Ritiene pertanto il Collegio che correttamente i primi giudici, con l'accoglimento del ricorso di primo grado, abbiano stigmatizzato tale illegittimo modus operandi del comune di Vico Equense il quale, a fronte di due domande di concessione sullo stesso bene, avrebbe dovuto attendere alla comparazione delle istanze in competizione e dar conto in motivazione degli esiti di tale confronto, senza limitarsi a dare applicazione in modo acritico al criterio preferenziale del diritto di insistenza in favore dell'ex-concessionario

La giurisprudenza di questo Consiglio ritiene, anche sulla scia di importanti decisioni della stessa Corte di giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, rinvenibili direttamente nel Trattato CE, ma non per questo sforniti di immediata efficacia precettiva ( il riferimento è, essenzialmente, al rispetto della libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché ai principi di par condicio, imparzialità e trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente. Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici ( siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni), ed in

particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorchè risulti codificato nell'ambito delle stesse ( art. 37 del cod. nav.) il cd in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio.

Sempre questa Sezione ha infatti affermato, con pronunce da cui non vi è motivo per discostarsi ( sez. VI n. 165/05; 23 luglio 2008, n. 3642) , che la codificazione di un tale diritto non può oscurare l'obbligo della Amministrazione concedente di assoggettare a procedura comparativa l'offerta del precedente concessionario, dato che solo in tal modo risulta soddisfatto il prevalente interesse alla individuazione del soggetto contraente che offra migliori garanzie di proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse.

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 5765 del 25 settembre 2009 emessa dal Consiglio di stato

**N. 05765/2009 REG.DEC.**

**N. 02018/2004 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale**

**Sezione Sesta**

ha pronunciato la presente

## DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2018 del 2004, proposto da:  
Cooperativa "ALFA", rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\*, con  
domicilio eletto presso \*\*\*\*\* in Roma, via degli Avignonesi 5;

### contro

\*\*\*\*\*, rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\*, con  
domicilio eletto presso \*\*\*\*\* in Roma, via G. Belloni 78;

### nei confronti di

Comune di Vico Equense, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso  
\*\*\*\*\* in Roma, via Emilia N. 88; Soc. \*\*\*\*\* di \*\*\*\*\*;

### per la riforma

della sentenza del Tar Campania - Napoli: Sezione Iv n. 15221/2003, resa tra le parti, concernente  
DINIEGO CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000,  
n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2009 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le  
parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. E' impugnata la sentenza del Tar per la Campania n. 15221 del 11 dicembre 2003 con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società per l'annullamento del diniego di rilascio di concessione demaniale marittima implicitamente contenuto nella nota n. 17692 del 7.8.2001 del dirigente l'Ufficio del demanio marittimo e del territorio del Comune di Vico \*\*\*\*\*.

Deduce la appellante cooperativa < ALFA > , già concessionaria degli spazi demaniali oggetto della istanza proposta dalla concorrente società cooperativa , che erroneamente il giudice di primo grado avrebbe accolto il ricorso di quest'ultima società, aderendo ad una non condivisibile interpretazione dell'art. 37 del cod. della navigazione, sostanzialmente obliterativa del c.d. facente capo ad essa esponente, quale ex concessionaria del medesimo specchio acqueo.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Vico Equense per resistere al ricorso e per chiederne la reiezione.

All'udienza del 26 giugno 2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

3. Il ricorso è infondato e non merita accoglimento.

La questione sostanziale da dirimere riguarda la portata del cosiddetto conferito dalla legge - art. 37 cod. nav. - in favore del titolare della concessione demaniale marittima in scadenza, in occasione del suo rinnovo; in particolare, la questione giuridica da risolvere consiste nello stabilire se tale diritto di insistenza sia tale da determinare sempre e comunque la prevalenza dell'insistente rispetto agli altri eventuali concorrenti, che abbiano prodotto regolare istanza di concessione in relazione agli stessi spazi demaniali.

4. La questione è ampiamente nota in giurisprudenza e dai suoi più recenti approdi interpretativi, secondo cui quel diritto non può essere inteso come un meccanismo capace di elidere ogni confronto concorrenziale tra più istanze in competizione, la Sezione non ha motivo di discostarsi nella presente decisione.

Questa Sezione ha avuto modo di affermare recentemente ( decisione n. 2555 del 24.4.2009) che il nostro ordinamento, sulla scia di significativi impulsi in tal senso rivenienti dal diritto comunitario, è oggi attestato, anche in forza di una lettura interpretativa delle norme nazionali orientata al rispetto dei principi contenuti nel Trattato CE, sulla necessità che le Amministrazioni pubbliche ( o i soggetti alle stesse equiparate) adottino procedure comparative ad evidenza pubblica ogni volta che debbano affidare commesse o beni pubblici di rilevante interesse economico. Tale necessità non riguarda quindi il solo settore degli appalti pubblici, ove le discipline di settore, applicative di specifiche direttive comunitarie, hanno reso cogente il principio della selezione del contraente a mezzo di gara, elevandolo a criterio inderogabile funzionale ad assicurare una sana competizione tra imprese ed a scongiurare il rischio della compartimentazione dei mercati nazionali di riferimento ( particolarmente insidioso nella logica dell'obiettivo comunitario di realizzare un mercato unico senza barriere interne).

La giurisprudenza di questo Consiglio ritiene, anche sulla scia di importanti decisioni della stessa Corte di giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, rinvenibili direttamente nel Trattato CE, ma non per questo sforniti di immediata efficacia precettiva ( il riferimento è, essenzialmente, al rispetto della libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché ai principi di par condicio, imparzialità e

trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente. Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici ( siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni), ed in particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorchè risulti codificato nell'ambito delle stesse ( art. 37 del cod. nav.) il cd in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio. Sempre questa Sezione ha infatti affermato, con pronunce da cui non vi è motivo per discostarsi ( sez. VI n. 165/05; 23 luglio 2008, n. 3642)

, che la codificazione di un tale diritto non può oscurare l'obbligo della Amministrazione concedente di assoggettare a procedura comparativa l'offerta del precedente concessionario, dato che solo in tal modo risulta soddisfatto il prevalente interesse alla individuazione del soggetto contraente che offra migliori garanzie di proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse.

Né, in senso contrario, potrebbe valere l'argomento testuale tratto da una acritica lettura del secondo comma dell'art. 1 del DL n.400/93 ( convertito nella L. 494/93), secondo cui le concessioni demaniali marittime hanno durata di sei anni ed alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni, fatto salvo il secondo comma dell'art. 42 del codice della navigazione, inerente la ipotesi della revoca della concessione.

Tale disposizione va infatti letta ed interpretata alla luce del principio concorrenziale enunciato dall'art. 37 cod. nav., principio che - rinvigorito dalla implementazione nel nostro sistema dei richiamati precetti di fonte comunitaria - postula necessariamente : a) un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del miglior offerente, e ciò all'evidente fine di stimolare il confronto concorrenziale tra più aspiranti; b) l'abbandono della originaria configurazione del - assecondata dalla iniziale formulazione dell'art. 37 cod. nav. , prima della modifica ad opera del citato DL n. 400/93 - quale criterio selettivo prioritario ed assorbente delle istanze di concessione, come tale capace di rendere sussidiario - id est esperibile solo in sua assenza - il confronto concorrenziale tra più domande sullo stesso bene, e la sua attuale consequenziale degradazione di meccanismo preferenziale di scelta del concessionario soltanto a parità di tutte le restanti condizioni offerte; c) un accresciuto onere istruttorio in ambito procedimentale, nonché motivazionale in sede di provvedimento finale, da parte delle amministrazioni concedenti, rivelatore degli incombenti adempiuti dalla amministrazione al fini di rendere effettivo il confronto delle istanze in comparazione ( e quindi anche sul piano degli adempimenti pubblicitari preventivi), e da cui emergano in modo chiaro, alla luce delle emergenze istruttorie, le ragioni ultime della opzione operata in favore del concessionario prescelto, in applicazione del criterio-guida della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse.

5. Alla luce dei rilievi che precedono ed in applicazione dei suindicati principi di diritto alla fattispecie che ne occupa, va osservato che non meritano condivisione le censure di erronea interpretazione dell'art. 37 del cod. nav. formulate nell'atto di appello all'indirizzo della gravata pronuncia. Con la stessa, infatti, i primi giudici si sono limitati a richiamare i suddetti principi di concorrenzialità nell'assegnazione delle concessioni demaniali e di non corretta applicazione, ad opera della amministrazione concedente, del criterio preferenziale del diritto di insistenza in favore della cooperativa, al di fuori di ogni valutazione in merito ai contenuti della offerta di utilizzazione del bene demaniale contenuta nella istanza di quest'ultima cooperativa, in rapporto ai contenuti della istanza dell'altra società concorrente (odierna appellata).

Ritiene pertanto il Collegio che correttamente i primi giudici, con l'accoglimento del ricorso di primo grado, abbiano stigmatizzato tale illegittimo modo operandi del comune di Vico Equense il quale, a fronte di due domande di concessione sullo stesso bene, avrebbe dovuto attendere alla comparazione delle istanze in competizione e dar conto in motivazione degli esiti di tale confronto, senza limitarsi a dare applicazione in modo acritico al criterio preferenziale del diritto di insistenza in favore dell'ex-concessionario. Peraltro, nella specie detto onere motivazionale risultava vieppiù accresciuto per effetto della particolare situazione in cui versava la società cooperativa ALFA, già posta in liquidazione e quindi ritornata in bonis a seguito della revoca del stato di liquidazione del 4 giugno 2001, dato che il concedente avrebbe dovuto in ogni caso valutare tali eventi (sia pur per inferirne, in ipotesi, la loro ininfluenza ai fini della continuazione del rapporto concessorio) in relazione alla persistenza della titolarità della concessione demaniale in capo al medesimo soggetto.

In definitiva, alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso va respinto.

La particolarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese e competenze relative al presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Estensore

## **L'ESTENSORE**

## **IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/09/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione

<https://www.diritto.it/questa-sezione-ha-avuto-modo-di-affermare-recentemente-decisione-n-2555-del-24-4-2009-che-il-nostro-ordinamento-sulla-scia-di-significativi-impulsi-in-tal-senso-rivenienti-dal-diritto-comunitario/>