

Publicato il 29/12/2022

N. 11664/2022REG.PROV.COLL.  
N. 04512/2022 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 in appello iscritto al numero di registro generale 4512 del 2022, proposto da

Uttaro Giuseppa, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulizio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Cardarelli, in Roma, via Da Palestrina 47;

***contro***

Comune di Gaeta, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Annamaria Rak, con domicilio digitale p.e.c. in registri di giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sezione staccata di Latina (sezione prima) n. 628/2021

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Gaeta;  
Viste le memorie e tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2022 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Alfredo Zaza D'Ausilio e Annamaria Rak;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'odierna appellante Giuseppa Uttaro, esercente sul terreno di sua proprietà sito in Gaeta (in catasto al foglio 13, particelle 518, 372, e 744) un'attività di bar-ristoro ("Mediterraneo"), con annesso parcheggio autoveicoli, e noleggio di attrezzature per la balneazione, ha impugnato il diniego di concessione dell'antistante porzione dell'arenile, oppostogli dall'amministrazione comunale con provvedimento di prot. n. 29498 del 25 giugno 2020, sulla sua istanza presentata a completamento della propria attività, risalente al 2012 (prot. comunale n. 30005 del 10 luglio 2012).

2. Il diniego impugnato era motivato su plurime ragioni, tra cui l'esigenza di affidare a gara le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative su aree libere, in conformità all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (*relativa ai servizi nel mercato interno*), oltre che per l'assenza di criteri di legge per l'assegnazione di nuove concessioni e di un piano comunale di utilizzazione degli arenili ex art. 6 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 (*Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*; convertito dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494)

3. Lo stesso diniego era emesso dopo un precedente atto di analogo contenuto dispositivo, anch'esso basato sulla mancanza dello strumento di pianificazione per l'utilizzazione degli arenili, annullato tuttavia dalla VI sezione di questo Consiglio di Stato, con sentenza in data 30 maggio 2019, n. 3634. L'assenza dello strumento era ritenuta non ostativa al rilascio della concessione, in ragione del fatto che la citata disposizione di legge non aveva previsto misure di salvaguardia e che il suo richiamo come ragione impeditiva al rilascio di nuovi titoli si traduceva in un «congelamento sine die dell'azione amministrativa in tema di concessioni per l'uso turistico degli arenili»

4. Contro il nuovo diniego la ricorrente agiva in sede di ottemperanza, riqualificata tuttavia dalla stessa VI sezione nuovamente adita come azione di cognizione (sentenza 16 febbraio 2021, n. 1435); e quindi in sede ordinaria, davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sezione staccata di Latina, che con la sentenza indicata in epigrafe respingeva il ricorso.

5. La sentenza considerava l'esigenza di affidamento a gara, in conformità alla citata disposizione della direttiva "servizi" 2006/123/CE, ragione sufficiente al rigetto dell'istanza, secondo quanto *a posteriori* statuito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con le sentenze del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

6. Per la riforma della pronuncia di primo grado la signora Uttaro ha quindi proposto il presente appello, in resistenza del quale si è costituito il Comune di Gaeta.

DIRITTO

1. L'appello censura la statuizione di primo grado di rigetto del ricorso contro il nuovo diniego di concessione innanzitutto nella parte in cui ha considerato la gara quale «*unica soluzione possibile*» per il rilascio di nuovi titoli di utilizzo del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative. Si oppone sul punto che la gara costituirebbe invece «*una delle possibili soluzioni, ma non l'unica*», come si desumerebbe dal citato art. 12 della direttiva 2006/123/CE, il quale richiede che l'affidamento avvenga sulla base di «*una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura*». Si sostiene a questo riguardo che le condizioni imposte dalla norma sovranazionale sarebbero soddisfatte dalla procedura comparativa su domande di concessione in concorrenza prevista dall'art. 37 del codice della navigazione, mentre la posizione comunale determina un'irragionevole restrizione all'accesso al mercato, oltre che, nel caso di specie, una lesione della effettività del giudicato favorevole alla ricorrente sul primo diniego.

2. Con un ulteriore ordine di censure l'appello critica la sentenza nella parte in cui ha considerato l'unica ragione ostativa di cui sopra sufficiente al rigetto dell'istanza di concessione, senza tenere conto che con la sopra citata sentenza che ha riqualificato l'azione di ottemperanza in cognizione la VI sezione ha precisato che l'ambito di quest'ultima era limitato alla verifica della legittimità della ragione di diniego consistente nell'obbligo di porre a gara i tratti di arenile da affidare in concessione.

3. I motivi così sintetizzati sono fondati ed assorbenti rispetto a quelli ulteriormente dedotti con il presente appello.

4. In primo luogo è corretto il rilievo secondo cui in sede di riesercizio del potere conseguente al giudicato di annullamento, l'ambito di apprezzamento discrezionale rimasto in capo al Comune di Gaeta sull'istanza di concessione di parte ricorrente era circoscritto a ragioni che non facessero riferimento, come in occasione del primo diniego, ad una supposta impossibilità oggettiva sul piano giuridico di rilasciare nuovi affidamenti su aree del demanio ancora libere, a causa di impedimenti correlati a strumenti di pianificazione settoriale o di criteri di legge nella selezione delle domande concorrenti. Ciò è quanto emerge dalla sopra richiamata sentenza della VI sezione di questo Consiglio di Stato che ha riqualificato la domanda di ottemperanza in azione di annullamento, rispetto tuttavia all'unico profilo emergente dal nuovo diniego sull'istanza di concessione come non riconducibile a quelli esposti nel precedente provvedimento. A questo specifico riguardo, gli imperativi derivanti dalla più volte citata direttiva servizi 2006/123/CE, esposti nel secondo diniego, sono stati considerati propri di *«un contesto procedimentale diverso rispetto a quel che v'era ai tempi cui si è riferito detto giudicato e connotato dalla presa in considerazione dell'efficacia del quadro giuridico unionale»*, ed in particolare di un *«quadro giuridico che impone la procedura selettiva, ove il Comune decida di esternalizzare la gestione degli arenili a fini turistico-ricreativi a causa della scarsità della risorsa predetta»* (così la sentenza).

5. Come poi statuito dalla sentenza di primo grado, sulla questione di carattere generale è successivamente intervenuta l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con le sopra richiamate sentenze del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, nelle quali si è statuito con valenza nomofilattica che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative sono riconducibili alle autorizzazioni di servizi previste dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, per cui esse vanno affidate in conformità della stessa disposizione sovranazionale mediante procedure ad evidenza pubblica.

6. Nondimeno, la presente fattispecie presenta indubbe peculiarità, derivanti innanzitutto dal fatto che l'istanza di concessione risale al 2012; che, inoltre, su di essa è intervenuto un giudicato favorevole all'istante; e infine che la domanda medesima ha ad oggetto una porzione del litorale adiacente ad un'area in cui preesiste un'attività economica obiettivamente connessa allo sfruttamento per finalità turistico-ricreative. A fronte delle circostanze ora evidenziate, il Comune di Gaeta si è ancora una volta trincerato dietro ad un atteggiamento di pregiudiziale chiusura, fondato su una pretesa impossibilità assoluta di esaminare la domanda in vista di un proficuo sfruttamento del demanio marittimo, tuttavia non legittimamente opponibili secondo quanto chiarito dalla VI sezione di questo Consiglio di Stato. Inoltre l'amministrazione ha opposto l'esistenza di inderogabili imperativi di carattere concorrenziale senza verificare la possibilità di ritenere questi ultimi comunque rispettati mediante il ricorso alla procedura comparativa prevista dall'art. 37 cod. nav.,

richiamato dalla ricorrente a fondamento delle proprie censure, e senza apprezzare le economie procedurali nel contempo realizzabili con quest'ultima.

7. A quest'ultimo riguardo, i *dicta* dell'Adunanza plenaria non appaiono preclusivi, nella misura in cui essi si impongono a livello generale la procedura di gara solo a decorrere dal 2024, ed avuto riguardo al fatto che, sempre in linea generale, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE richiede di esperire procedure selettive «*tra i candidati potenziali*» che presentino «*garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda(no), in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*», le quali sono riscontrabili in quella disciplinata dall'art. 37 cod. nav. poc'anzi richiamato. Al medesimo riguardo va dato atto della sopravvenuta legge 5 agosto 2022, n. 118 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*), che nel dare attuazione ai principi espressi dall'Adunanza plenaria ha introdotto (all'art. 4) i criteri per valutare le offerte di concessione, i quali si prestano quindi ad essere utilizzati anche in chiave comparativa rispetto a potenziali concorrenti della ricorrente nel presente giudizio nell'ambito della procedura ex art. 37 cod. nav. più volte richiamato.

8. In accoglimento dell'appello, ed in conseguente riforma della sentenza di primo grado, il ricorso contro il nuovo diniego di concessione impugnato nel presente giudizio deve pertanto essere accolto con l'annullamento di questo atto. In sede di riesercizio del potere il Comune di Gaeta dovrà pertanto riesaminare l'istanza di concessione sulla base di quanto statuito nella presente sentenza. Le spese

del doppio grado di giudizio sono regolate secondo soccombenza e liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso ed annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna il Comune di Gaeta a rifondere al ricorrente spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Pietro De Berardinis, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Fabio Franconiero**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

**IL SEGRETARIO**



