

la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti di principi generali che essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate

Ci sembra importante riportare il seguente principio espresso dal Consiglio di Stato nella decisione numero 2825 del 31 maggio 2007:

<Né può assumere rilievo la circostanza dedotta dal TAR secondo la quale la questione concernente il rispetto dei principi comunitari “non è stata sollevata dalle parti”, essendo assodato che il Giudice deve conformare l'interpretazione ai principi comunitari e addirittura se del caso disapplicare le norme interne che li violino>

ma vi è di più

< principi “anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 del codice della navigazione”, sottolineandosi che “la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione”>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2825/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9994 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta

ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 9994/2005 proposto dal Comune di CAMOGLI rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde, n. 2 presso l'avv. Angelo Clarizia;

CONTRO

la SOCIETA' API-ANONIMA PETROLI S.P.A. rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Burchielli con domicilio eletto in Roma via Lavinio, n. 31 presso l'avv. Alberto Felicetti;

la SOC. BLACK OILS S.P.A. rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovan Candido Di Gioia e Giovanni Acquarone con domicilio eletto in Roma Piazza G. Mazzini, n. 27 presso l'avv. Giovan Candido Di Gioia;

per la riforma

della sentenza del TAR LIGURIA-GENOVA: Sezione II n. 1421/2005, concernente LICITAZIONE PRIVATA PER CONCESSIONE UTILIZZO MOLO TURISTICO PER VENDITA CARBURANTE.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito il relatore Consigliere Nicola Russo e uditi, altresì, per le parti gli avv.ti Clarizia, DI Gioia, Curcuruto per delega, quest'ultimo di Burchielli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello, in epigrafe richiamato, il Comune di Camogli ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.a.r. Liguria, sez. II, n. 1421/05, del 1 ottobre 2005, con la quale è stato accolto il ricorso della società API s.p.a per l'annullamento della nota 17 maggio 2004, prot. 10765, concernente l'avvio del procedimento di gara a licitazione privata per il rilascio della concessione per l'utilizzo di una parte del molo d'attracco natanti nel porto turistico.

L'appello è stato proposto per i seguenti motivi:

- 1) il T.a.r. Liguria ha erroneamente ignorato che il c.d. diritto d'insistenza esprime un criterio sussidiario, applicabile solo ove la domanda del precedente concessionario fosse risultata equiordinata alle altre domande sulla base dei criteri previsti al primo comma dell'art. 37 cod. nav., presupposto questo inesistente nella specie;
- 2) il giudice di prime cure avrebbe dovuto negare il diritto d'insistenza o comunque limitarne la portata alla luce dei principi comunitari in materia di trasparenza e par condicio;
- 3) in ogni caso il T.a.r. Liguria ha erroneamente pretermesso di considerare che la non operatività del c.d. diritto d'insistenza si fonda, nella specie, sulla circostanza che API risultava inidonea a seguito delle molteplici inadempienze nelle quali era incorsa (richiamate a pag. 15 e 18 dell'appello).

API, con controricorso del 14 marzo 2006, richiamato il ricorso introduttivo, ha chiesto il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado, sostenendo che l'Amministrazione aveva sostanzialmente ritenuto equiordinate le domande e, quindi, doveva senz'altro consentire l'esercizio del diritto d'insistenza. Ha articolato, inoltre, diverse argomentazioni a sostegno della sentenza impugnata.

Si costituiva in giudizio (memorie del 16 febbraio 2006 e 10 marzo 2006) anche la Black Oil s.r.l. (controinteressata nel primo grado di giudizio, nonché interveniente ad opponendum), chiedendo l'accoglimento dell'appello, e prospettando:

- 1) l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di notifica ad almeno un controinteressato;
- 2) la fondatezza dei motivi di appello per errata applicazione dell'art. 37 del codice della navigazione, tenuto conto che il diritto d'insistenza è un mero criterio residuale inapplicabile qualora le domande, compresa quella del concessionario uscente, non risultino, come nel caso di specie, equiordinate;
- 3) l'inapplicabilità dell'art. 37 a concessioni che come quelle di specie non risultano "concessioni per attività turistico-alberghiera", unica fattispecie cui si riferisce l'art. 37 cod. nav..

Con memoria del 30 giugno 2006 il Comune replicava alla appellata API, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

Nelle more, con ordinanza di questa Sezione del 14 marzo 2006, n. 1236, in accoglimento dell'istanza cautelare, è stata sospesa l'efficacia della sentenza impugnata.

Le parti hanno depositato memorie illustrative.

Alla pubblica udienza del 12 gennaio 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

L'oggetto della presente controversia concerne l'interpretazione ed applicazione dell'art. 37 cod. nav. in dipendenza di domanda di rinnovo della concessione per l'utilizzo di una parte del molo di attracco natanti del porto turistico presentata al Comune di Camogli dall'API s.p.a, odierna appellata ed in particolare in relazione alla nota 17 maggio 2004 prot. 10765 con la quale l'Amministrazione Comunale (odierna appellante), in presenza di una pluralità di richieste pervenute, ha comunicato all'API, concessionario che aveva presentato istanza di rinnovo, il diniego di detta istanza e l'avvio del procedimento di gara per licitazione privata ai sensi dell'art. 37 cod. nav.

Il giudice di prime cure ha annullato la predetta nota affermando che "con un assorbente censura l'API s.p.a denuncia la scorretta applicazione fatta dal comune di Camogli dell'art. 37 cod. nav., che disciplina il caso in cui ad una concessione marittima aspirino più soggetti: la norma impone alla p.a. una prima verifica sulla rispondenza dei progetti di costoro al perseguimento dell'interesse

pubblico avuto di mira, nonché sull'esercizio dell'attività sul bene demaniale con l'utilizzo di beni amovibili o poco inquinanti.

Dopo l'esame di questi assorbenti profili la p.a. è tenuta a dare la prevalenza ai concessionari che avevano già intrattenuto rapporti con l'amministrazione, in relazione all'attività di che si tratta: tale è il caso dell'API, che risulta essere stata titolare da lustri del diritto all'erogazione dei carburanti nel porto di Camogli."

Il Comune di Camogli contesta la delineata interpretazione eccependo che il criterio preferenziale di favore del concessionario che presenta istanza (di cui al secondo comma dell'art. 37 cit.) opera in via subordinata, rispetto ai criteri prioritari delle "maggiori garanzie di proficua utilizzazione delle concessioni" e della rispondenza dell'istanza "ad un più rilevante interesse pubblico" previsti dal comma 1 dell'art. 37 cit. e solo ove l'istanza del concessionario sia ritenuta equiordinata ad altre istanze.

Il motivo di appello è fondato e va accolto.

L'art. 37 cit stabilisce: "Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.

E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.

Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata."

Il c.d. diritto di insistenza di cui al secondo comma può quindi venire in rilievo solo nella eventualità in cui tutte le domande di concessione siano equiordinate, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, alla luce del primo comma dell'art. 37, ossia quando esse assicurino in via paritaria l'eguale soddisfazione dell'interesse pubblico.

In tal senso si è già espresso questo Consesso affermando che nell'art. 37 sono contenuti due criteri "l'uno sussidiario dell'altro, posti in via graduata e quindi per poter passare al secondo, occorre la perfetta equiordinazione rispetto al primo e cioè che tutte le domande siano sullo stesso piano quanto ad assicurare il pubblico interesse alla buona utilizzazione della concessione"(cfr. Cons. St., Sez VI, 24 aprile 1995, n. 354).

Ha errato, quindi, il T.a.r. Liguria nel ritenere che, a fronte di più domande di concessione e a seguito di "una prima verifica sulla rispondenza dei progetti", il Comune sia tenuto a dare la prevalenza al concessionario che già aveva intrattenuto un rapporto con il Comune stesso.

Al criterio preferenziale, al contrario, poteva accedersi solo ove il Comune avesse ritenuto equiordinata l'istanza di API e quelle di altri soggetti. Ma tale circostanza non si è mai concretizzata, come emerge dalla nota impugnata, tenuto conto come già richiamato nella ordinanza di sospensione della sentenza gravata (ord. 1236 del 15 marzo 2006) che l'impianto di distribuzione carburanti risultava chiuso a far data dal 13 giugno 2002 per inadempimento della concessionaria API..

Altresì erroneo è l'assunto dell'appellata secondo la quale la equiordinazione risulta nella fattispecie dalla "incapacità" dell'Amministrazione di scegliere una delle diverse domande ad essa pervenute. E' palese, infatti, che nel sistema dell'articolo 37 la equiordinazione necessaria per accedere al criterio sussidiario della preferenza al precedente concessionario è quella che deriva dalla presenza di più domande, compresa quella del precedente concessionario, ritenute idonee (sotto il profilo della affidabilità e rispondenza al pubblico interesse), circostanza questa non sussistente - come evidenziato- nella specie, ove, con la comunicazione 17 maggio 2004, prot. 10765, l'Ente aveva data idonea comunicazione (con indicazione del R.d.P. e del servizio presso il quale prendeva visione degli atti) al concessionario API delle determinazioni assunte dal Comune, anche sulla base

di pareri legali richiamati nella nota impugnata, in ordine alla richiesta di rinnovo e all'esperimento di una gara.

Né a diverse conclusioni conduce il precedente di questo Collegio richiamato dal T.a.r. Liguria a supporto della sua motivazione (cfr. Cons. St., Sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 417), trattandosi comunque di una fattispecie in cui il diritto di insistenza è stato riconosciuto in via residuale in un contesto in cui si era pervenuti ad un giudizio di equiordinazione delle domande ("... ritenute ... eguali le domande con riferimento al criterio del più proficuo utilizzo ... (la P.A.) ha applicato il criterio della preferenza per il precedente concessionario...").

D'altro canto, l'interpretazione dell'art. 37 che privilegia l'esperimento della gara e comprime il diritto di insistenza deriva anche dall'esigenza di interpretare le norme conformemente ai principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, d'imparzialità e di trasparenza, essendo pacifico che tali principi, contrariamente a quanto deduce il TAR Liguria con l'impugnata sentenza, si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che si tratti di attività, suscettibile – come nella specie – di apprezzamento in termini economici.

In tal senso si è del resto già espresso questo Consiglio che ha ritenuto applicabili i detti principi "anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di all'art. 37 del codice della navigazione", sottolineandosi che "la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione"(cfr. Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, decisione che focalizza l'esigenza di un'effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte, non potendosi ritenere soddisfatto tale requisito, come ritiene l'appellata, da una lettura invero semplificata della sentenza, in presenza di tre domande spontaneamente presentate. Cfr., altresì, in via generale, Cons. St., Sez. VI, 15 febbraio 2002, n. 934).

In tal senso, del resto, si è espressa anche la Commissione europea secondo la quale "la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti di principi generali che essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate" (Comunicazione 29 aprile 2000; cfr., altresì, per l'estensione dei principi comunitari: Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, in causa C-324/98).

Né può assumere rilievo la circostanza dedotta dal TAR Liguria secondo la quale la questione concernente il rispetto dei principi comunitari "non è stata sollevata dalle parti", essendo assodato che il Giudice deve conformare l'interpretazione ai principi comunitari e addirittura se del caso disapplicare le norme interne che li violino.

Quanto agli ulteriori vizi dedotti dall'odierna appellata con il ricorso introduttivo e riproposti in appello in sede di memoria, essendosi essa limitata ad una contestazione generica, senza alcuna indicazione dei predetti vizi ("... contesta in toto il contenuto sia in fatto che in diritto, richiamando in primo luogo le difese ed i motivi tutti già svolti nel primo grado di giudizio, da intendersi qui come integralmente trascritti ..."), deve rilevarsi l'inammissibilità, in quanto nel giudizio amministrativo di appello la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte attraverso l'enunciazione di specifici motivi, non essendo ammissibile un mero e generico richiamo per relationem ai motivi dedotti in primo grado.

In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado a carico dell'appellato liquidata come da dispositivo. Sul punto occorre procedere alla correzione dell'errore materiale contenuto nel dispositivo n. 9 del 2007, che, contrariamente alla statuizione di accoglimento, prevede le spese "a carico appellante", giusta istanza presentata dal Comune il 22 gennaio 2007.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato – Quinta Sezione, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado a carico dell'appellata (soc. API), liquidate complessivamente in euro 3500, e di cui 1.500,00 per il primo e 2.000,00 per il secondo grado.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 12 gennaio 2007, con l'intervento dei Sigg.ri:

Emidio Frascione	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore

L'ESTENSORE  
f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE  
f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO  
f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 31/05/07

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

P. IL DIRIGENTE

Livia Patroni Griffi