

N. 05532/2013REG.PROV.COLL.
N. 03719/2009 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 3719 del 2009, proposto dal Comune di Eraclea, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello M. Fracanzani, Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, via San Basilio, 61;

contro

Cogest s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi, Francesco Acerboni, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14;

nei confronti di

Regione Veneto;

Commissione giudicatrice della gara per le concessioni demaniali marittime;

Eraclea Patrimonio e Servizi s.r.l. in proprio e quale capogruppo r.t.i.;

Sindacato Italiano Balneari;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 230/2009, resa tra le parti;

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 15 ottobre 2013 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato Luigi Manzi per delega dell'avvocato Fracanzani e l'avvocato Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Eraclea ha indetto il bando, prot. n. 28561 dell'11 dicembre 2007, *“per l'assentimento di una concessione demaniale marittima finalizzata all'insediamento di stabilimenti balneari nell'arenile di Eraclea mare (Settore SA1 porzione Eraclea – Settore SA2 aree Ce. 15, Cn. 9, Cnv/11- Settore SA3 aree Ce.21 e Cnv/18 – e relative aree per servizi di spiaggia del P.P.I.A. del Comune di Eraclea)”*.

All'esito della gara è risultato vincitore il costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese fra la s.r.l. Eraclea Patrimonio e Servizi (d'ora in poi “EPS”) quale mandataria, il cui capitale sociale è interamente posseduto dal Comune di Eraclea, e la s.a.s. La Bottega dei Sogni, di Rovere Nadia & C., Spolaor Enzo e Bassetti Luciano, questi ultimi in qualità di soggetti mandanti.

2. La C.O.G.E.S.T. s.c.a.r.l risultata seconda all'esito della gara, con il ricorso n. 763 del 2008 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, ha chiesto:

a) con il ricorso introduttivo:

- l'annullamento del provvedimento del Comune di Eraclea prot. n. 8820 del 4 aprile 2008, di cui al bando prot. 28651 dell'11 dicembre 2007, con il quale è

stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione provvisoria della gara al Raggruppamento di imprese tra la s.r.l. Eraclea Patrimonio e Servizi e la Bottega dei sogni di Rovere Nadia & C., Spolaor Enzo e ATI Bassetto Luciano; dei verbali di gara in data 13 febbraio, 26 febbraio e 26 marzo 2008; nonché del verbale di gara e/o del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, del provvedimento di aggiudicazione definitiva e del provvedimento di rilascio della concessione; del bando del Comune di Eraclea in data 11 dicembre 2007, prot. n. 28561; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente;

-il risarcimento del danno;

b) con i motivi aggiunti: l'annullamento dei verbali di procedura selettiva, rispettivamente in data 26 febbraio 2008 (I seduta), in data 13 marzo 2008 (II seduta) e in data 26 marzo 2008 (III seduta).

La EPS ha proposto, con il controricorso, ricorso incidentale.

Sono intervenuti, *ad opponendum*, la Regione Veneto e, *ad adiuvandum*, il Sindacato Italiano Balneari (S.I.B.).

3. Il Ta.r. per il Veneto, sezione prima, con la sentenza n. 230 del 2009, ha accolto il ricorso “nei sensi indicati in motivazione, anche con riguardo al risarcimento del danno”. Ha compensato tra le parti le spese del giudizio.

4. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado.

5. All'udienza del 15 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado:

- si richiama anzitutto l'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (*“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di*

contrasto all'evasione fiscale.”; convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248), per il quale, a tutela della concorrenza, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali *“per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti”*, venendo anche disposto che le dette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono violare le prescrizioni ora citate (commi 1 e 2);

- è quindi accolto l'assorbente motivo di ricorso per cui la partecipazione della EPS alla gara sarebbe in contrasto con la norma citata poiché, in sintesi:

-a) il capitale della EPS è posseduto interamente dal Comune di Eraclea, potendo la sua attività rivolgersi soltanto a favore del Comune, in quanto: l'oggetto sociale esclusivo della società consiste, secondo il suo statuto, nella gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Eraclea, nella gestione degli immobili ed infrastrutture, degli impianti e dotazioni patrimoniali dell'Ente e nell'erogazione di servizi pubblici locali sia di rilevanza economica che non economica; il bando di cui si tratta ha per oggetto l'assentimento di concessione demaniale marittima e l'esercizio delle funzioni amministrative devolute ai Comuni per il rilascio, il rinnovo e ogni modificazione inerente tali concessioni (art. 46 della legge regionale n. 33 del 2002);

- b) ne consegue che, essendo il bene oggetto della gara per la concessione di proprietà demaniale e non comunale, l'attività della EPS quale concessionaria si rivolgerebbe nei confronti dello Stato e non del Comune che possiede l'intero pacchetto azionario della Società con il fine della gestione del proprio

patrimonio immobiliare; né il detto bene può dirsi acquisito a tale patrimonio per il motivo che il Comune introiterebbe gran parte del canone, poiché, in base alla normativa, la misura devoluta è il sessanta per cento della percentuale, del 5%, spettante alla Regione sul canone versato allo Stato (art. 49 della legge regionale citata);

- c) non si può neppure sostenere che con la gestione delle strutture balneari il concessionario venga a svolgere un servizio pubblico, trattandosi di un servizio di certo di interesse pubblico poiché indirizzato alla collettività (non solo comunale), ma non esclusivamente rivolto a fini di interesse generale essendo comunque presente l'elemento imprenditoriale;

- d) né sussiste l'asserito potere di ingerenza del Comune nella fissazione dei prezzi del servizio, come avviene per le tariffe, dovendo soltanto essere comunicati al Comune per la vidimazione (art. 59 della legge regionale citata) i prezzi stabiliti dal gestore a fini di profitto.

Nella sentenza è poi dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della EPS, poiché recante censure avverso giudizi tecnico-discrezionali della Commissione giudicatrice che non risultano illogici o irrazionali, e, quanto al risarcimento del danno, si afferma che è ottenuto in forma specifica dovendosi aggiudicare la gara alla ricorrente.

2. Nell'appello, e successiva memoria, si deduce anzitutto che la sentenza sarebbe viziata per ultrapetizione nel rito poiché, avendo il ricorrente qualificato la fattispecie come sottratta al regime dell'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971, si è poi proceduto al deposito del dispositivo della sentenza ai sensi della norma citata.

Nel merito si deduce che:

- a) nella specie la EPS deve essere individuata quale controparte contrattuale non dello Stato ma del Comune; questo ha infatti messo a gara la realizzazione

di opere di riqualificazione dell'arenile per oltre un milione di euro, previste dal piano particolareggiato, quale obbligo ulteriore e prevalente rispetto al pagamento del canone, nel quadro di una concessione-contratto che risulta, quindi, a favore del Comune;

- b) ciò è peraltro coerente con il quadro delle funzioni svolte dal Comune nella gestione del demanio litorale che non sono di mera delega di quelle statali ma, in sostanza, di successione nella loro titolarità, considerato che il Comune di Eraclea, ai sensi della legge regionale n. 32 del 2000, disciplina l'uso del demanio in via esclusiva, valuta l'interesse pubblico alla concessione, ne regola l'assegnazione e la può revocare, vigila sull'esecuzione delle opere, fissa l'eventuale corrispettivo in eccedenza al canone demaniale e percepisce il 60% dell'imposta regionale, emergendo da ciò chiaramente che la *ratio* del decentramento funzionale è quella di rendere i beni utilizzabili per le esigenze strumentali dell'ente locale;

- c) il concessionario svolge un servizio pubblico di rilevanza economica, poiché utilizzato da un numero indeterminato di utenti e così qualificato anche dalla normativa (d.m. 31 dicembre 1983), non rilevando in contrario la sua conduzione in forma imprenditoriale comune alla gestione affidata a privati di altri servizi pubblici;

-d) il servizio svolto favorisce lo sviluppo della comunità locale, andando a beneficio del Comune le opere realizzate, a fronte della irrilevanza comparativa del canone che incassa lo Stato, la cui posizione nella specie è assimilabile a quella del "nudo proprietario".

3. Nella memoria depositata dalla C.O.G.E.S.T. il 24 settembre 2013 si eccepisce l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, essendo stata nel frattempo esclusa la C.O.G.E.S.T. e indette nuove gare per l'assegnazione delle medesime concessioni nonché dichiarata nulla, con

sentenza del T.a.r. per il Veneto passata in giudicato, la variante al Piano particolareggiato degli arenili di Eraclea e di Jesolo di cui al bando per il quale è controversia.

4. Si esaminano ora le questioni preliminari sollevate dall'appellante, con cui si asserisce il vizio di ultrapetizione della sentenza di primo grado, e dalla parte appellata riguardo alla sopravvenuta carenza di interesse all'appello.

Le deduzioni devono essere entrambe respinte, dovendosi osservare che:

- a) il vizio di ultrapetizione sussiste quando, in violazione dell'art. 112 c.p.c., pacificamente applicabile al processo amministrativo, la pronuncia giudiziale trascende i limiti oggettivi della controversia, quali risultano dalle contrapposte domande ed eccezioni delle parti, ciò che nella specie non è rilevabile né eccepito; né tale vizio si individua, come asserito, "in rito" non risultando, né essendo stata provata, alcuna lesione in primo grado dei diritti di difesa dell'odierno appellante per effetto della pubblicazione del dispositivo di sentenza ai sensi dell'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971;

- b) la valutazione dell'interesse alla prosecuzione dell'azione spetta anzitutto al ricorrente che nulla ha dichiarato a questo fine nel presente giudizio, potendo essere rilevata anche d'ufficio se siano acquisiti al giudizio atti e documenti obiettivamente rilevanti in tal senso, ciò che nella specie non risulta.

5. Nel merito l'appello è infondato per le ragioni di seguito esposte.

5.1. La previsione dell'apprestamento di opere da parte del concessionario di un'area demaniale marittima non è sufficiente a far individuare, come parte "a cui favore" si instaura il rapporto, il Comune che indice il bando per il rilascio della concessione. Le opere in questione, e la relativa convenzione, hanno infatti per oggetto comunque e anzitutto il bene demaniale ed è la concessione d'uso del bene che determina il contenuto proprio del rapporto giuridico ed

individua lo Stato, proprietario del bene, come parte di tale rapporto; ne deriva che la convenzione, che pure impegni il concessionario nei confronti del Comune, è accessiva al rapporto concessorio e non viceversa; se non si desse luogo alla concessione del bene non vi sarebbe infatti alcuna ragione per convenire l'eventuale, connessa esecuzione di interventi sul bene stesso.

In riferimento a quanto sopra si richiama la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, per la quale le competenze regionali in ordine al demanio marittimo non possono incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario, le quali precedono logicamente la ripartizione delle competenze (per tutte: sentenza n. 370 del 2008), venendo con ciò ribadita la essenziale e prioritaria rilevanza della proprietà demaniale dei beni.

5.2. Ciò è confermato dalla disciplina del procedimento di concessione posta con la legge regionale 4 novembre 2002, n. 33 (*Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo*), per la quale ai Comuni è trasferita la “*funzione amministrativa per il rilascio, il rinnovo e ogni modificazione inerente alle concessioni demaniali marittime*” (art. 46), nell'ambito della programmazione regionale di utilizzazione dei beni del demanio marittimo specificata dai Comuni con i piani di utilizzo degli arenili (articolo 47), provvedendo i Comuni all'accertamento dei canoni e all'accertamento e riscossione dell'imposta regionale sulle concessioni statali (art. 49).

Su questa base risulta corretta l'affermazione del primo giudice per cui non può ritenersi che il bene demaniale divenga parte del patrimonio giuridico dei comuni per effetto della subdelega delle citate funzioni amministrative, che, come emerge chiaramente dal delineato quadro normativo, sono esercitate, pur con procedure articolate, per la concessione di un bene che resta demaniale, non potendo incidere sulla titolarità del bene la delega di funzioni amministrative per il suo uso.

5.3. Si esamina ora la deduzione sull'asserito svolgimento nella specie da parte della EPS di un servizio pubblico locale.

Riguardo alla nozione di servizio pubblico, e quindi di servizio pubblico locale, questo Consiglio ha chiarito che:

-a) è necessario muovere dal dato di diritto positivo dell'art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 (*Testo unico delle norme sugli enti locali*, in seguito "Testo unico") che ha definito i servizi pubblici locali come quelli aventi "*per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali?*", con espressione che, in sostanza, rinvia l'individuazione degli scopi sociali e di sviluppo di cui si tratta a scelte di carattere politico (Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369);

b) pervenendosi in tale quadro a precisare le coordinate di riferimento della nozione di servizio pubblico, nel senso che essa si "*...si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico- professionale e qualità?*" (sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911), essendo stato specificato che "*...partendo dalla nozione comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza del servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi), va osservato che essa accorda tale natura a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore?*" (sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012).

Il servizio pubblico locale perciò, in quanto volto al perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della comunità, è finalizzato al soddisfacimento diretto di esigenze collettive della stessa con effetto generalizzato sul suo assetto socio-

economico; riguarda di conseguenza un'utenza indifferenziata, anche se sia fruibile individualmente, ed è sottoposto a obblighi di esercizio imposti dall'ente pubblico perché gli scopi suddetti siano garantiti, inclusa la determinazione del corrispettivo in forma di tariffe.

Queste connotazioni non si rinvencono integralmente nel caso di specie riguardo alla gestione degli stabilimenti balneari, mancando in particolare, data l'incidenza settoriale e limitata del servizio, la rilevanza di un effetto generalizzato sull'assetto della comunità a soddisfacimento di una sua esigenza collettiva, con obblighi connessi, e mancando in correlazione l'elemento del pagamento di una tariffa in senso proprio, quale misura determinata dall'ente locale in corrispettivo di un servizio, che, in quanto imposta come obbligo al gestore, è indice della natura pubblica del servizio pur se erogato da un soggetto privato.

Per quest'ultimo aspetto, come correttamente rilevato dal primo giudice, nella specie *“I titolari e i gestori degli stabilimenti balneari comunicano, al Comune competente, i prezzi minimi e massimi, comprensivi di IVA, che intendono applicare”* ed il Comune provvede *“alla vidimazione e alla verifica delle comunicazioni pervenute.”* (art. 59 della legge regionale n. 33 del 2002), non risultando alcun suo potere di determinazione tariffaria.

Né appare sufficiente l'inclusione degli “stabilimenti balneari” tra *“i servizi pubblici locali a domanda individuale”* di cui al D.M. 31 dicembre 1983 (*Individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale*), peraltro relativo ad attività *“gestite direttamente dall'ente”* (come indicato in premessa), dovendo essere collocato il detto decreto, pur se di ausilio interpretativo, nel quadro della normativa primaria sopravvenuta, a cominciare dal citato art. 112 del Testo unico, la cui ampia previsione normativa ha richiesto la specifica elaborazione giurisprudenziale più sopra riportata.

6. Per le ragioni esposte l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.
La particolare articolazione dei profili di diritto della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe, n. 3719 del 2009.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2013

IL SEGRETARIO

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