



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1429 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Porto di Tropea Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzina Colaci, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Salvatore Virgilio Conte in Catanzaro Lido, via Bausan, 20;

contro

Comune di Tropea, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.
Oreste Morcavallo, Aldo Assisi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Maurizio Rodino' in Catanzaro, via N. Pizi N.1;
Regione Calabria, in persona del suo Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
Francesca Lo Feudo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Lo
Feudo in Cosenza, via Montesanto, 135;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Comune di Parghelia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv.

Filippo Accorinti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Annamaria Sodano in Catanzaro, via Eugenio De Riso N. 83;

per l'annullamento

della delibera n. 42 del 29.09.2010, pubblicata il 2.10.2010 e comunicata in allegato alla nota sindacale prot. n. 30772 del 2.10.2010, pervenuta il 5.10.2010, con cui il consiglio comunale di Tropea ha stabilito “1) di revocare,, la deliberazione del Consiglio Comunale n. 29 del 11.10.2001 e tutti i provvedimenti amministrativi emessi da questo Comune a seguito ed in esecuzione della deliberazione medesima riguardanti l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e valorizzazione del porto di Tropea e dei servizi correlati alla società Porto di Tropea S.p.A. a far data dal primo gennaio 2011; 2) di revocare di conseguenza,, l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e valorizzazione del porto di Tropea e dei servizi correlati alla società Porto di Tropea S.p.A. a far data dal primo gennaio 2011; 3) di dare atto che, pertanto, non si procederà al rinnovo della concessione demaniale scadente il 31.12.2010; 4) di internalizzare il servizio di gestione del Porto che sarà svolto a far data dal 1° gennaio 2011 direttamente dagli uffici comunali; 5) di dare mandato alla Giunta Comunale di adottare i necessari provvedimenti di organizzazione degli uffici per avviare la gestione del servizio portuale; 6) di richiedere, ai sensi dell'art. 2367 c.c., e in ottemperanza all'art. 14 della legge 122/2010, la messa in liquidazione della “Porto di Tropea S.p.A.”, richiedendo all'uopo la convocazione dell'assemblea straordinaria della società; 7) di procedere, in subordine a quanto stabilito al punto 4), alla dismissione dell'intera partecipazione detenuta dal Comune di Tropea, da attuarsi mediante procedura ad evidenza pubblica definendone il relativo valore sulla base di quanto attribuibile al socio in caso di recesso ai sensi dell'art. 2437 ter c.c., ossia in modo da tenere in considerazione la consistenza patrimoniale della società, le sue prospettive

redditali, nonché l'eventuale valore di mercato delle azioni, fermi restando i diritti di prelazione ai sensi di statuto”;

nonché per l'annullamento di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto, precedente e consequenziale ed, in particolare, ove occorra, della citata nota sindacale prot. n. 30772 del 2.10.2010, con la quale è stato comunicato alla società ricorrente che, in conseguenza della delibera c.c. n. 42 del 29.9.2010, “1. le attività di gestione, manutenzione e valorizzazione del Porto di Tropea cesseranno di essere effettuate da codesta Società a far data dal 1° gennaio 2011; 2. viene formalmente richiesta la convocazione dell'Assemblea Straordinaria della Società per procedere alla liquidazione della medesima o, in subordine, alla dismissione delle quote detenute da questo Comune; 3. per quanto sopra non si procederà al rinnovo della concessione demaniale richiesto con nota senza data trasmessa in data 28.09.2010 ed acquisita agli atti in data 29.09.2010 prot. n. 30490;

- della determinazione n. 419 del 27.12.2010, con cui il responsabile dell'Area 5 del Comune di Tropea ha stabilito “- di non rinnovare le concessioni demaniali in oggetto alla scadenza del 31.12.2010; - di dichiarare nullo e privo di effetto l'affidamento alla Società Porto di Tropea S.p.a. della gestione della infrastruttura portuale e dei servizi annessi al porto per l'assenza di una valida convenzione; - di risolvere, subordinatamente, l'affidamento della gestione predetta alla Società Porto di Tropea S.p.a., per il venir meno del presupposto della concessione demaniale a partire, giuridicamente dall'1.1.2011 – di dare atto che, giusta deliberazione del Consiglio Comunale N. 42/2010, la gestione dell'infrastruttura portuale e dei servizi annessi sarà “internalizzata” a partire, giuridicamente, dal 1°1.2011; - che i rapporti conseguenti alla scadenza della concessione, non prorogata, sono esclusivamente quelli previsti dal Cod. Nav. e dal relativo Regolamento attuativo; - che, in assenza della rituale e formale convenzione, la nullità dell'affidamento della gestione non è causa di alcun risarcimento; - di

accogliere la richiesta avanzata il 20.12.2010 dalla Società Porto di Tropea S.p.a., di prevedere, come ragionevole tempo di riconsegna, un termine dilatorio di novanta giorni ”; la nota del medesimo responsabile dell’area 5 del Comune di Tropea n. 36633 del 27.12.2010 in allegato alla quale è stata trasmessa la citata determina n. 419/2010; la delibera della Giunta Comunale di Tropea n. 152 del 31.12.2010 con la quale si è stabilito “- di prendere atto della determinazione n. 419/2010; - di prendere atto, altresì, condividendole le ragioni della postergazione dell’efficacia degli effetti determinata dal diniego di proroga, maturato incontestabilmente giuridicamente alla data del 31.12.2010, in quanto la stessa costituisce strumento necessario, urgente ed eccezionale per l’attuazione della determinazione n. 419 del 27.12.2010, con cui il responsabile dell’Area 5 del Comune di Tropea ha stabilito “- di non rinnovare le concessioni demaniali in oggetto alla scadenza del 31.12.2010; - di dichiarare nullo e privo di effetto l’affidamento alla Società Porto di Tropea S.p.a. della gestione della infrastruttura portuale e dei servizi annessi al porto per l’assenza di una valida convenzione; - di risolvere, subordinatamente, l’affidamento della gestione predetta alla Società Porto di Tropea S.p.a, per il venir meno del presupposto della concessione demaniale a partire, giuridicamente, dal 1°1.2011 – di dare atto che, giusta deliberazione del Consiglio Comunale N. 42/2010, la gestione dell’infrastruttura portuale e dei servizi annessi sarà “internalizzata” a partire, giuridicamente, dal 1°1.2011; - che i rapporti conseguenti alla scadenza della concessione, non prorogata, sono esclusivamente quelli previsti dal Cod. Nav. e dal relativo Regolamento attuativo; - che, in assenza della rituale e formale convenzione, la nullità dell’affidamento della gestione non è causa di alcun risarcimento; - di accogliere la richiesta avanzata il 20.12.2010 dalla Società Porto di Tropea S.p.a., di prevedere, come ragionevole tempo di riconsegna, un termine dilatorio di novanta giorni ”;

- della nota del medesimo responsabile dell'area 5 del Comune di Tropea n. 36633 del 27.12.2010 in allegato alla quale è stata trasmessa la citata determina n. 419/2010;
- della delibera della Giunta Comunale di Tropea n. 152 del 31.12.2010 con la quale si è stabilito “- di prendere atto della determinazione n. 419/2010; - di prendere atto, altresì, condividendole le ragioni della postergazione dell'efficacia degli effetti determinata dal diniego di proroga, maturato incontestabilmente giuridicamente alla data del 31.12.2010, in quanto la stessa costituisce strumento necessario, urgente ed eccezionale per la tutela dei prevalenti interessi pubblici al funzionamento del porto e contemporaneamente assicura la prudente e concreta effettuazione delle operazioni di riconsegna, preservando altresì gli interessi dell'istante Società Porto, anche ai fini della sua esposizione per responsabilità contrattuali nei confronti dei terzi.;”
- della determina esplicativa n. 423 del 31.12.2010 (in realtà la nota prot. n. 36903 del 31.12.2010), con la quale il responsabile dell'Area Gestione del Territorio del Comune di Tropea ha trasmesso “l'allegata deliberazione G.M. n. 152 del 31.12.2010 dichiarando che la stessa come contenuto ob relationem della presente determinazione esplicativa del fatto che dal 1°1.2011 al 31.3.2011 la Società Porto di Tropea S.p.a, è abilitata ad esercitare in via transitoria, provvisoria, eccezionale e per motivi di urgenza legati alle imprescindibili esigenze di interesse pubblico l'attività di gestione del porto di Tropea, oggetto della concessione demaniale scaduta il 31.12.2010 come presupposta determina n. 419/2010.”;
- della concessione n. 2 del 28 marzo 2011, pubblicata all'albo pretorio comunale in data 29 marzo 2011, con cui il responsabile dell'area gestione del territorio del Comune di Tropea ha autoconcesso per anni uno, a decorrere dall'1.4.2011, al Comune di Tropea “l'uso dei beni demaniali, per mantenere le opere portuali e lo specchio acqueo costituenti il Porto di Tropea”; nonché per l'annullamento di ogni

altro atto connesso, collegato, presupposto, precedente e consequenziale ed, in particolare, ove occorra, dei seguenti atti: 1) la delibera G.C. n. 65 del 24.3.2011 nella parte in cui è stato provvisoriamente individuato quale responsabile della gestione del porto il dirigente dell'Area Urbanistica-Lavori Pubblici del Comune di Tropea; 2) la nota del responsabile dell'area gestione del territorio n. 13796 del 24.3.2011; 3) il verbale n. 2 del 25.3.2011, prot. n. 5090 del 25.3.2011, di asserita riconsegna delle aree demaniali portuali, mai sottoscritto dal legale rappresentante della società Porto di Tropea; 4) la nota-diffida n. 5414 del 30.3.2011 a firma del Sindaco e del responsabile dell'area 5 del Comune di Tropea con cui è stata ribadita la volontà dell'ente di assumere la gestione del porto a decorrere dall'1.4.2011; 5) la nota sindacale n. 5459 del 30.3.2011 con cui sono stati trasmessi alla società ricorrente gli atti sopra indicati; 6) il verbale di riconsegna n. 3 del 31.3.2011, prot. n. 5539 del 31.3.2011, sottoscritto, seppur con riserva, dal Presidente della Società Porto di Tropea; 7) la nota sindacale n. 5527 del 31.3.2011, tutti questi atti impugnati con motivi aggiunti depositati in data 3 maggio 2011.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tropea e della Regione Calabria;

Visto l'atto di intervento ad opponendum del Comune di Parghelia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2011 il dott. Anna Corrado e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera di consiglio comunale n. 29 dell'11 ottobre 2001, il Comune di Tropea, ha stabilito di costituire, ai sensi dell'articolo 116 del D. Lgs 267/2000 una società per azioni per la gestione del porto e dei servizi correlati, adottando la procedura prevista dal D.P.R. 533/96 al fine di selezionare un socio privato di maggioranza. Nella menzionata delibera si afferma che “il porto rappresenta un'attività di servizio pubblico volta a promuovere lo sviluppo economico e civile” del Comune di Tropea e dei Comuni limitrofi.

Con tale delibera è stato altresì approvato il bando di gara per la selezione del socio privato di maggioranza, nel quale è stato evidenziato che “al fine di poter gestire il porto e le strutture annesse dovrà essere richiesta ed ottenuta, da parte della costituenda S.p.a., la relativa concessione demaniale-marittima all'Autorità competente al rilascio. In caso di mancato ottenimento di tale concessione è previsto lo scioglimento della società.”

Nel bando si specifica anche che “ il servizio pubblico oggetto del presente bando la cui attuazione è demandata alla costituenda società è costituito da gestione, manutenzione e valorizzazione del nuovo porto turistico di Tropea e dei servizi correlati” e che “la società “Porto di Tropea S.p.a.” avrà durata fino al 31 dicembre 2052, con possibilità di proroga espressa”.

Dopo la selezione di cui al bando citato è stata costituita, la società Porto di Tropea S. p.a., che, previa apposita istanza, ha ottenuto dalla Capitaneria di porto di Vibo Marina la concessione demaniale n. 28/03 del 2 luglio 2003 con scadenza al 31 dicembre 2006 in attesa di ottenere la concessione cinquantennale richiesta.

Scaduto questo primo periodo di concessione quadriennale, poiché l'iter di predisposizione dell'atto formale di concessione cinquantennale, pur conclusosi positivamente in fase istruttoria, non si era del tutto perfezionato, con provvedimento n. 1/2007 del 12.1.2007 la concessione è stata ulteriormente rinnovata per quarantotto mesi e cioè per il periodo compreso tra l' 1.1. 2007 ed il

31 dicembre 2010, precisandosi, in calce all'atto, che "la presente licenza, si intenderà risolta "ipso iure" nel momento in cui verrà approvato l'atto formale, già autorizzato dal superiore ministero, ed in corso di formalizzazione".

Con legge 88/2001 le funzioni in subiecta materia sono state conferite alle regioni e la Regione Calabria le ha subdelegate ai comuni con L.R. n. 17/2005.

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale dei Porti, con nota M_TRA/PORTI/5357 del 22 aprile 2010, ha quindi trasmesso alla Regione Calabria "l'intero carteggio relativo all'istanza di concessione demaniale marittima prodotta dalla Porto di Tropea S.p.a. per la gestione di parte dello specchio acqueo e delle infrastrutture del Porto di Tropea per destinarli al servizio della nautica da diporto.", invitando la Capitaneria di Porto di Vibo Valentia Marina, da un lato, "a trasmettere alla Regione gli atti eventualmente giacenti presso i propri uffici, concernenti la pratica in esame, comprensivi della bozza dell'atto formale così come integrata e modificata sulla scorta delle indicazioni fornite da questa Direzione Generale con il dp prot. n. M_TRA/DINFR/6278 in data 29 maggio 2008" e, dall'altro lato, "a fornire ogni possibile supporto per la definizione della pratica in esame, anche al fine di non creare un nocumento all'aspirante concessionaria".

Di fronte a questo invito, la Capitaneria di porto di Vibo Valentia Marina ha trasmesso tutto l'incartamento al Comune di Tropea e successivamente la Società Porto di Tropea S.p.a. ha sollecitato, con nota acquisita al protocollo del Comune di Tropea con il n. 30490 del 29 settembre 2010, la definizione dell'atto formale di concessione cinquantennale già istruita dal Ministero.

Il Comune di Tropea in data 29 settembre 2010 ha, quindi, adottato la delibera avversata con la quale ha stabilito:

- 1) di revocare, per motivi di interesse pubblico ed in ottemperanza alle disposizioni di legge, la deliberazione del Consiglio Comunale n. 29 del 11

ottobre 2001 e tutti i provvedimenti amministrativi emessi a seguito ed in esecuzione della deliberazione medesima riguardanti l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e valorizzazione del porto di Tropea e dei servizi correlati alla società Porto di Tropea S.p.A. a far data dal primo gennaio 2011;

- 2) di revocare, l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e valorizzazione del porto di Tropea e dei servizi correlati alla società Porto di Tropea S.p.A. a far data dal primo gennaio 2011;

- 3) di dare atto che, pertanto, non si procederà al rinnovo della concessione demaniale scadente il 31 dicembre 2010;

- 4) di internalizzare il servizio di gestione del Porto che sarà svolto a far data dall'1.1. 2011 direttamente dagli uffici comunali;

- 5) di dare mandato alla Giunta Comunale di adottare i necessari provvedimenti di organizzazione degli uffici per avviare la gestione del servizio portuale;

- 6) di richiedere, ai sensi dell'art. 2367 c.c., e in ottemperanza all'art. 14 della legge 122/2010, la messa in liquidazione della "Porto di Tropea S.p.A.", richiedendo all'uopo la convocazione dell'assemblea straordinaria della società;

- 7) di procedere, in subordine a quanto stabilito al punto 4), alla dismissione dell'intera partecipazione detenuta dal Comune di Tropea, da attuarsi mediante procedura ad evidenza pubblica definendone il relativo valore sulla base di quanto attribuibile al socio in caso di recesso ai sensi dell'art. 2437 ter c.c., ossia in modo da tenere in considerazione la consistenza patrimoniale della società, le sue prospettive reddituali, nonché l'eventuale valore di mercato delle azioni, fermi restando i diritti di prelazione ai sensi di statuto.

Con la nota sindacale del 2 ottobre 2010 è stato poi comunicato alla società ricorrente che, in conseguenza della delibera c.c. n. 42 del 29 settembre 2010:

“1. le attività di gestione, manutenzione e valorizzazione del Porto di Tropea cesseranno di essere effettuate da codesta Società a far data dall' 1.01.2011;

2. viene formalmente richiesta la convocazione dell'Assemblea Straordinaria della Società per procedere alla liquidazione della medesima o, in subordine, alla dismissione delle quote detenute da questo Comune;

3. per quanto sopra non si procederà al rinnovo della concessione demaniale richiesto con nota senza data trasmessa in data 28.09.2010 ed acquisita agli atti in data 29.09.2010 prot. n. 30490”.

Avverso entrambi gli atti è proposto il presente ricorso a sostegno del quale si deduce:

A) Quanto alla decisione di revocare la delibera c.c. n. 29 del 2001 e di revocare l'affidamento del servizio a favore della società porto di Tropea con conseguente internalizzazione dello stesso servizio.

A-I) violazione dell'articolo 7 della legge 241/1990. difetto di istruttoria. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e per travisamento dei fatti.

La ricorrente lamenta che il Comune di Tropea non ha comunicato l'avvio del procedimento volto alla revoca della delibera consiliare n. 29/2001 e alla revoca dell'affidamento del servizio alla società Porto di Tropea impedendole di fornire le proprie controdeduzioni e, soprattutto, di evidenziare con anticipo:

- che la decisione di “internalizzare” l'asserito servizio di gestione, manutenzione e valorizzazione del Porto di Tropea, viola in modo clamoroso il disposto dell'art. 3, comma 27, primo periodo, della legge n. 244/2007;

- che, il Comune di Tropea avrebbe dovuto dismettere le azioni della società Porto di Tropea, in quanto la gestione di un porto turistico è un'attività di impresa e non un servizio strettamente necessario al perseguimento delle attività istituzionali dell'ente, che i comuni non possono in alcun modo espletare;

- che pertanto l'atto che ha legittimato l'attività della società Porto di Tropea non è mai stato l'affidamento del servizio da parte del Comune di Tropea, non essendo rinvenibile nella fattispecie un servizio pubblico locale, ma una vera e propria

attività di impresa esercitata in forza dell'atto di concessione demaniale, formalmente ottenuta dalla Società Porto di Tropea dopo la sua costituzione;

- che, in tale contesto giuridico, la decisione di internalizzare il servizio oltre a non essere compatibile con le funzioni tipiche dell'ente comunale, che nella fattispecie si è arbitrariamente trasformato in imprenditore, ha determinato un'illegittima ed illecita auto assegnazione della concessione demaniale adottata in palese contrasto con tutti i principi di massima concorrenzialità di derivazione comunitaria;

- che, infine, la società Porto di Tropea S.p.a., una volta costituita, ha acquisito un'autonoma personalità giuridica di diritto privato, del tutto indipendente dalla interferenze comunali, con la conseguenza che il Comune di Tropea, in quanto socio minoritario, non può affatto chiederne la liquidazione, essendo, anzi, obbligato a dismettere le partecipazioni azionarie che possiede in tale società,

A-II) inutilità ed impossibilità della revoca della delibera c.c. n. 29/2001. Inefficacia ed inammissibilità della revoca dell'affidamento del servizio. Eccesso di potere per difetto dei presupposti. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

La società ricorrente ribadisce che la società Porto di Tropea S. p.a., dopo la sua costituzione, ha assunto una personalità giuridica di diritto privato assolutamente autonoma, di tal ch , il Comune di Tropea, in quanto socio di minoranza, non poteva certo disporre d'autorit  la liquidazione della societ  stessa mediante la revoca della citata delibera consiliare n. 29/2001, essendo, di contro, fin dall'1. 1. 2008, obbligato a cedere le partecipazioni azionarie relative a tale societ .

Ancora si ribadisce l'illegittimit  della revoca dell'affidamento a favore della societ  Porto di Tropea s.p.a. dell'asserito servizio pubblico locale di gestione del porto turistico di Tropea, in quanto trattandosi di attivit  di impresa la societ  Porto di Tropea s.p.a. ha potuto finora svolgere la sua tipica attivit  imprenditoriale di prestazione di servizi per la nautica da diporto soltanto in forza delle concessioni demaniali del 2003 e del 2007 e non certo in virt  di un atto di affidamento di un

servizio pubblico locale, trovando, pertanto, la sua fonte legittimante esclusivamente nei provvedimenti di concessione demaniale.

A-III) violazione dell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007. Difetto di istruttoria. eccesso di potere per difetto dei presupposti. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Il Comune di Tropea, avendo omesso di espletare un'adeguata attività istruttoria, non è reso conto che, a norma dell'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007, non solo non avrebbe potuto internalizzare il servizio di gestione del porto ma, addirittura, avrebbe dovuto necessariamente dismettere le partecipazioni possedute nella società Porto di Tropea S.p.a..

A-IV) violazione del principio di concorrenzialità. Difetto assoluto di attribuzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione.

Afferma la ricorrente che la decisione di internalizzare il servizio di gestione del porto è abnorme sia perché l'attività de qua è tipicamente imprenditoriale sia perché il Comune non può affatto auto assegnarsi - in spregio a tutti i principi in materia di concorrenza di derivazione comunitaria - la concessione del bene demaniale allo scopo di far gestire dai propri uffici e dipendenti il porto turistico di Tropea.

B) Quanto alla decisione di negare la proroga e/o il rinnovo della concessione demaniale.

B-1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990. Difetto di istruttoria. Violazione del principio del contraddittorio.

Afferma la ricorrente che a fronte del sollecito riguardante la definizione dell'atto formale di concessione cinquantennale il Comune di Tropea, ha immediatamente rigettato tale sollecito di definizione del procedimento violando l'art. 10 bis della L. 241/1990.

B-2) Violazione degli artt. 3, 4 e 7 della l. r. n. 17/2005. Violazione dell'art 11 del P.I.R. (Piano di Indirizzo Regionale). Incompetenza assoluta.

Il Comune avrebbe violato anche la disciplina regionale in quanto secondo l'art. 11 di tale piano di indirizzo regionale, le concessioni demaniali marittime di durata superiore a quindici anni sono rilasciate dal dirigente generale del competente assessorato della Regione Calabria per cui il diniego impugnato, poiché concernente una concessione cinquantennale, avrebbe dovuto essere adottato dal citato organo regionale e non dal Comune di Tropea.

B-3) Violazione degli art. 42 e 107 del D. Lgs. n. 267/2000. Violazione del principio di separazione tra poteri di indirizzo e poteri di gestione. Incompetenza relativa.

Afferma la ricorrente che nel caso si dovessero ritenere subdelegate ai comuni anche le funzioni concernenti la concessione de qua, il relativo diniego non avrebbe potuto essere adottato dal consiglio comunale, le cui competenze sono tassativamente indicate dall'art. 42 del D. Lgs. n. 267/2000, ma dal dirigente dell'apposito settore dell'amministrazione comunale, venendo in rilievo nella fattispecie un'attività di gestione tecnico-amministrativa, che non può essere esercitata dagli organi politici.

B-4) Violazione dell'art. 8, comma 3, lett. f, della l. r. n. 17/2005. Violazione dell'art. 9 della l. 88/2001. Difetto di istruttoria.

Il Comune di Tropea, prima di rigettare l'istanza di concessione demaniale della Società Porto di Tropea s.p.a., avrebbe dovuto verificare se la prosecuzione della concessione demaniale in capo alla Società Porto di Tropea S.p.a. rispondeva alle esigenze di tutela degli interessi marittimi.

B-5) Violazione del principio dell'affidamento. Violazione del principio di continuità amministrativa. Violazione del principio di leale collaborazione. Difetto assoluto di motivazione. Difetto di istruttoria.

Secondo la ricorrente alla luce delle indicazioni dell'autorità statale delegante, dinnanzi alla quale si era svolta l'istruttoria procedimentale, il Comune di Tropea non poteva negare il rinnovo della concessione demaniale cinquantennale ovvero la formalizzazione del relativo atto, ma avrebbe dovuto adeguarsi alle acquisizioni procedurali già raggiunte.

B-6) Violazione dell'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009. Permanenza della concessione demaniale fino al 31 dicembre 2015.

La società ricorrente ritiene che in base alla disciplina recata dall'art. 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009, convertito con modificazioni nella legge n. 25 del 26 febbraio 2010, la validità della concessione demaniale attualmente in essere a favore della società Porto di Tropea S.p.a. deve comunque intendersi prorogata fino al 31 dicembre 2015 in quanto secondo la sopra menzionata legge regionale le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative non sono diverse dalle concessioni demaniali per i porti turistici.

Si è costituito in giudizio il Comune di Tropea affermando:

- l'inammissibilità del ricorso per aver la società ricorrente impugnato un atto di indirizzo politico (la delibera 42 del 29 settembre 2010) insuscettibile di determinare lesioni concrete;
- l'applicazione dell'articolo 21 octies a fronte della mancata comunicazione di avvio del procedimento in quanto il provvedimento adottato e impugnato, in virtù dell'articolo 3, comma 27 della legge 244/2007 (legge finanziaria 2008) avrebbe carattere vincolato;
- che la gestione dell'infrastruttura portuale non costituisce attività imprenditoriale ma rientrerebbe tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica in quanto si tratterebbe di un servizio (gestione delle stazioni marittime, servizi di supporto ai passeggeri, gestione dei locali destinati all'espletamento di attività anche

commerciali, connesse o accessorie al traffico passeggeri) rivolto ad una platea indifferenziata di utenti e diretto ad erogare utilità alla collettività.

Si è costituita in giudizio anche la Regione Calabria affermando il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto in virtù della legge regionale n. 17/2005 le competenze e le attività inerenti le funzioni amministrative sulle aree del demanio marittimo sono ora attribuite ai Comuni compreso il rilascio, il rinnovo, la modifica e la revoca delle concessioni relative ai porti di interesse regionale.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 4 febbraio 2011 è stata impugnata la determinazione n. 419 del 27 dicembre 2010 con cui il Comune di Tropea ha stabilito di:

- non rinnovare le concessioni demaniali in oggetto alla scadenza del 31.12.2010;
- di dichiarare nullo e privo di effetto l'affidamento alla Società Porto di Tropea S.p.a. della gestione della infrastruttura portuale e dei servizi annessi al porto per l'assenza di una valida convenzione;
- di risolvere, subordinatamente, l'affidamento della gestione predetta alla Società Porto di Tropea S.p.a., per il venir meno del presupposto della concessione demaniale a partire, giuridicamente, dall'1.1.2011;
- di dare atto che, giusta deliberazione del Consiglio Comunale N. 42/2010, la gestione dell'infrastruttura portuale e dei servizi annessi sarà "internalizzata" a partire, giuridicamente, dal 1° gennaio 2011;
- che i rapporti conseguenti alla scadenza della concessione, non prorogata, sono esclusivamente quelli previsti dal Cod. Nav. e dal relativo Regolamento attuativo;
- che, in assenza della rituale e formale convenzione, la nullità dell'affidamento della gestione non è causa di alcun risarcimento, neppure ravvisabile subordinatamente, per oggettiva impossibilità della prestazione;

- di accogliere la richiesta avanzata il 20.12.2010 dalla Società Porto di Tropea S.p.a., di prevedere, come ragionevole tempo di riconsegna, un termine dilatorio di novanta giorni.

Con i citati motivi aggiunti è stata anche impugnata la delibera della Giunta Comunale n. 152 del 31.12.2010 con la quale si è stabilito:

- di prendere atto della determinazione n. 419/2010 ...;

- di prendere atto, altresì, condividendole le ragioni della postergazione dell'efficacia degli effetti determinata dal diniego di proroga (la cessazione degli effetti è maturata incontestabilmente alla data del 31.12.2010), in quanto la stessa costituisce strumento necessario, urgente ed eccezionale per la tutela dei prevalenti interessi pubblici al funzionamento del porto e contemporaneamente assicura la prudente e concreta effettuazione delle operazioni di riconsegna, preservando altresì gli interessi dell'istante Società Porto, anche ai fini della sua esposizione per responsabilità contrattuali nei confronti dei terzi.;

Inoltre si impugna la determina esplicativa n. 423 del 31.12.2010 con la quale il responsabile dell'Area Gestione del Territorio del Comune di Tropea ha comunicato che "dall'1.1.2011 al 31.3.2011 la Società Porto di Tropea Spa è abilitata ad esercitare in via transitoria, provvisoria, eccezionale e per motivi di urgenza legati alle imprescindibili esigenze di interesse pubblico l'attività di gestione dei porti di Tropea, oggetto della concessione demaniale scaduta il 31.12.2010 come presupposta determina n. 419/2010."

A sostegno dei motivi aggiunti proposti si riformulano tutte le censure già proposte con il ricorso introduttivo e si deducono ulteriori vizi dei provvedimenti richiamati e cioè:

- difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti; violazione dell'art. 7 della l. n. 241/2010; incompetenza; difetto assoluto

di motivazione; difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990; contraddittorietà; mancata valutazione degli interessi.

In merito ai proposti motivi aggiunti la difesa del Comune ha in primo luogo affermato l'inammissibilità degli stessi per essersi limitata la ricorrente a ribadire i motivi posti alla base del ricorso introduttivo e, nel merito, l'infondatezza delle censure proposte.

Con secondo atto di motivi aggiunti parte ricorrente ha, infine, impugnato la concessione n. 2 del 28 marzo 2011, con cui il responsabile dell'area gestione del territorio del Comune di Tropea ha concesso per anni uno, a decorrere dall'1.4.2011, alla medesima amministrazione "l'uso dei beni demaniali, per mantenere le opere portuali e lo specchio acqueo costituenti il Porto di Tropea" sulla scorta della necessità per il Comune di "realizzare in house il servizio pubblico di interesse economico".

Le censure poste a fondamento dei secondi motivi aggiunti concernono l'illegittimità della auto concessione per difetto delle condizioni giuridiche richieste; in particolare non vi è differenziazione tra il soggetto concedente e quello concessionario, non è indicato l'ammontare del canone di concessione e si registra una violazione dei principi di concorrenza per non aver il Comune indetto apposita gara.

Con riferimento a detti motivi aggiunti il Comune ha affermato preliminarmente l'inammissibilità degli stessi per carenza di interesse e di legittimazione all'impugnazione dell'atto concessorio in quanto la ricorrente non essendo più titolare di alcuna concessione non vanterebbe alcuna posizione di interesse differenziato e confliggente. Per quanto riguarda il merito ne ha affermato l'infondatezza.

In data 8 luglio 2011 è stato depositato atto di intervento ad opponendum da parte del Comune di Parghelia il quale afferma il proprio interesse ad assumere nel

giudizio la posizione processuale di contraddittore necessario pretermesso per essere stato il Porto di Tropea costruito in parte anche sul territorio del Comune di Parghelia.

Inoltre il Comune interveniente chiede che venga accertato, in questa sede, che la costruzione del Porto di Tropea ha arrecato un danno ambientale al proprio territorio consistente in fenomeni di devastante erosione costiera e di grave inquinamento delle spiagge e del mare.

Con riguardo a detto intervento la società ricorrente ne afferma la sua inammissibilità per non aver dato prova, il Comune interveniente, della insistenza del Porto di Tropea sul territorio del medesimo e perché comunque le pretese avanzate con l'atto di intervento andavano fatte valere con una autonoma azione giurisdizionale.

Alla pubblica udienza del 14 ottobre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione

DIRITTO

1.- Il ricorso è parzialmente fondato e va accolto nei limiti che meglio saranno esplicitati in motivazione.

2.- Il Collegio ritiene di disporre preliminarmente l'estromissione dal giudizio della Regione Calabria per carenza di legittimazione passiva essendo stati gli atti impugnati tutti assunti dall'ente comunale al quale è stato delegato l'esercizio delle funzioni amministrative sulle aree demaniali marittime in base alla legge regionale n. 17/2005.

3.- Va dichiarato inammissibile l'intervento ad opponendum proposto dal Comune di Parghelia, con il quale si chiede di accertare che il Porto di Tropea è costruito in parte sul territorio del medesimo, di riconoscere la competenza del Comune di Parghelia a rilasciare la concessione demaniale relativa allo specchio acqueo sul quale si gestisce l'attività di nautica di diporto e di liquidare il danno ambientale

arrecato dal Porto di Tropea sia per erosione costiera che per inquinamento marino.

Tali questioni, oltre ad avere rilievo autonomo per essere solo in via di mero fatto connesse alla vicenda in esame, avrebbero, comunque, dovuto essere poste in occasione della contestazione della concessione che il Comune di Tropea si è autorilasciata.

Il Comune di Parghelia lamenta, infatti, che avrebbe dovuto essere interessato per il rilascio della concessione demaniale marittima che – a suo dire – coinvolge uno specchio d'acqua di sua sicura competenza. Sotto questo profilo, l'intervento del Comune appare anche contraddittorio, in quanto se lo scopo è quello di rivendicare il suo coinvolgimento nella sequenza degli atti impugnati a motivo del fatto che il Porto di Tropea interessa anche territorio e specchio d'acqua di sua pertinenza, non è dato intravedere l'interesse del medesimo Comune ad opporsi ad un ricorso che mira alla caducazione di tali atti, tra i quali quello della concessione marittima autorilasciata dal Comune di Tropea senza appunto il coinvolgimento del Comune di Parghelia.

4.- Quanto alle eccezioni di inammissibilità formulate dal Comune resistente, si osserva che non risponde al vero che con i motivi aggiunti non siano stati rappresentati elementi nuovi rispetto ai motivi posti a base del ricorso introduttivo, perché con entrambi i ricorsi per motivi aggiunti vengono impugnati atti nuovi (e conseguenti) che il Comune ha adottato in attuazione della sua scelta di revocare l'affidamento e di gestire in proprio il porto turistico di Tropea.

Anche la dedotta inammissibilità del ricorso per essere stato impugnato un atto di indirizzo, privo di efficacia lesiva, è destituita di fondamento, giacché l'istante subisce un pregiudizio immediato dalla scelta comunale che sottrae ad essa l'attività di gestione del porto, e quindi la stessa, in quanto titolare di una posizione giuridica differenziata e qualificata per essere stata affidataria della attività della

gestione del Porto, ha titolo per contestare la legittimità della disposta revoca dell'affidamento, del diniego di concessione demaniale e delle modalità, previste dal Comune, per la gestione del Porto di Tropea.

5.-Quanto al merito, va preliminarmente affermato che la vicenda amministrativa, sottoposta all'esame del Collegio, è poco lineare. Le argomentazioni della ricorrente ne palesano le ambiguità. Con esse, infatti, si muove dal presupposto che la società Porto di Tropea S.p.a. ha svolto una attività di impresa, e non un'attività di servizio pubblico locale, in virtù della concessione marittima ministeriale a suo tempo rilasciata. In tal modo, la ricorrente volutamente trascura la sua origine strumentale e la propria condizionata esistenza al rilascio della menzionata concessione marittima, alla quale era subordinata l'operatività della società, e, con essa, dell'affidamento dell'attività di gestione del Porto di Tropea, che il Comune resistente qualifica quale servizio pubblico locale, destinato "a promuovere lo sviluppo economico e civile" del Comune di Tropea e dei comuni limitrofi (delibera n. 29 dell'11 ottobre 2001).

In sostanza, la società ricorrente assume che, sebbene sia stata costituita al dichiarato fine di gestire un servizio pubblico locale, e sia stato selezionato il socio privato di maggioranza con pubblica gara, l'attività da essa svolta prescinderebbe dall'affidamento originario che il Comune ha fatto alla stessa con la citata delibera n. 29 del 2001, e ritroverebbe il suo titolo legittimante all'esercizio dell'attività di gestione del porto di Tropea nel rilascio della concessione demaniale marittima, alla quale era – come detto – subordinata il perdurare della società medesima.

Altri profili di ambiguità è dato cogliere nelle deduzioni del Comune che, per un verso, ritiene di essere astretto dal vincolo legale di cui alla legge n. 244/2007, che – come noto – si riferisce alle società lucrative, "non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", e, per l'altro, dispone

L'internalizzazione dell'attività di gestione del porto di Tropea, appellandosi alla nozione (vaga e incerta) di servizio pubblico locale.

In questo quadro, il Collegio ritiene di precisare, prima di affrontare le singole censure, se la gestione di un porto (nella specie "attività di gestione, manutenzione e valorizzazione del porto di Tropea e dei servizi correlati") possa rientrare nella nozione di servizio pubblico locale.

Da una tale precisazione dipende l'esito del ricorso, le cui censure, sostanziali e procedimentali, devono essere valutate con riferimento alla attività portuale, la cui gestione è stata revocata per essere internalizzata.

6.- Il Comune di Tropea con delibera n. 29 dell'11 ottobre 2001 ha deciso di "costituire, ai sensi dell'articolo 116 del D. Lgs 267/2000 una società per azioni per la gestione del porto e dei servizi correlati adottando la procedura prevista dal D.P.R. 533/96 al fine di selezionare un socio privato di maggioranza".

Con successivo bando di selezione è stata indetta la procedura concorsuale ristretta per la selezione del socio privato e finalizzata alla costituzione della società mista Porto di Tropea s.p.a. di cui l'80 per cento del capitale sociale versato dalla parte privata e il 20 per cento dall'ente promotore, Comune di Tropea. L'oggetto della costituenda società è stato individuato nella gestione, manutenzione e valorizzazione del porto turistico di Tropea e dei servizi correlati.

Tale attività, ad avviso del Collegio, sostanzia una attività imprenditoriale, nella quale non sono ravvisabili i tratti del servizio pubblico, nemmeno a rilevanza economica, non trattandosi, contrariamente da quanto affermato dalla difesa di parte resistente, di un servizio rivolto ad una platea indifferenziata di utenti e diretto ad erogare utilità alla collettività.

E' noto che ai fini della identificazione di un servizio pubblico, è irrilevante la natura pubblica del gestore, a meno che l'istituzione dello stesso (con la relativa disciplina) non sia prevista da una norma legislativa in modo specifico, ovvero sia

demandata alla scelta organizzativa della amministrazione (cfr. Cons.giust.amm. Sicilia , sez. giurisd., 06 ottobre 2010 , n. 1266). Al fine di individuare le attività sussumibili sotto la nozione di servizio pubblico assume, quindi, rilievo decisivo, non già la possibilità di considerarle di pertinenza dell'amministrazione pubblica, bensì il fatto che le stesse abbiano una finalità sociale, il cui perseguimento può essere assicurato solo da una particolare disciplina settoriale: è il conseguimento di questa finalità che consente di sottoporre alcune attività ad un regime giuridico peculiare, quello appunto del servizio pubblico, destinato a soddisfare le esigenze di una pluralità di soggetti accomunati dal fatto di essere residenti nel Comune che tale servizio istituisce, ovvero le esigenze di una cerchia indifferenziata di utenti. Per questo, si giustificano gli obblighi di servizio, imposti al gestore, quali quello di garantire la continuità, la qualità e la regolarità dell'espletamento dell'attività, obblighi, questi, cui non potrebbe essere assoggettata una comune attività economica (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, 27 giugno 2005 , n. 673). Pertanto, deve ritenersi che le attività oggetto dell'affidamento poi revocato non possono essere qualificate come servizio pubblico, trattandosi piuttosto di attività imprenditoriali che presuppongono il rilascio della concessione dello specchio d'acqua, sulla quale materialmente si esercitano.

Deve quindi ritenersi che nel 2001 il Comune di Tropea abbia errato nel qualificare come servizio pubblico locale (di cui, nel 2010, assume la rilevanza economica) le attività di cui trattasi.

7.- Venendo ora alla disposta revoca dell'affidamento di cui alla delibera impugnata, di cui si contesta la legittimità per motivi sostanziali e procedurali, è bene precisare che le censure scontano l'ambiguità di cui si è fatto avanti cenno. La ricorrente, sebbene affermi e ritenga (fondatamente) di avere svolto una attività imprenditoriale, e non un servizio pubblico, si oppone alla menzionata revoca, contestandone i presupposti, al fine di continuare a svolgere una attività che il

Comune erroneamente ha ritenuto (e continua a ritenere) trattarsi di servizio pubblico locale.

Si è già detto che la gestione del porto di Tropea non è un servizio pubblico locale, e quindi potrebbe sin da subito rilevarsi l'illegittimità della impugnata delibera n. 42/2010, con la quale il Comune procede contestualmente alla revoca dell'affidamento della attività di gestione del porto e alla sua internalizzazione, sul presupposto che tale attività abbia il carattere di servizio pubblico.

In questo senso, una tale considerazione, di indubbio rilievo per la parte della delibera impugnata che dispone (illegittimamente, come si dirà) la internalizzazione dell'attività dapprima affidata alla società Porto di Tropea, potrebbe rendere persino inutile l'esame delle censure che investono direttamente il capo della stessa delibera che procede alla revoca dell'affidamento, quali il difetto dei presupposti e di istruttoria, ed il mancato avviso di avvio di procedimento.

Ma, nell'ipotesi in cui, per assurdo, si volesse considerare "servizio pubblico" la gestione del porto di Tropea al solo fine di esaminare tali censure, le stesse sarebbero comunque infondate.

Al riguardo, occorre ricordare che l'innovata disciplina positiva data all'istituto della revoca del provvedimento amministrativo dal legislatore, con l'introduzione dell'art. 21-quinquies, l. 7 agosto 1990 n. 241, ne ha dilatato la preesistente nozione elaborata dall'insegnamento dottrinario e giurisprudenziale, ricomprendendo in essa il c.d. ius poenitendi, che consente alla Pubblica amministrazione di ritirare i provvedimenti ad efficacia durevole sulla base di sopravvenuti motivi di interesse pubblico ovvero di mutamenti della situazione di fatto, e di rivedere il proprio operato in corso di svolgimento e di modificarlo, perché evidentemente ritenuto affetto da inopportunità, in virtù di una rinnovata diversa valutazione dell'interesse pubblico originario (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 05 luglio 2011, n. 4028). In altri termini, alla luce della citata normativa, la revoca di provvedimenti amministrativi è

ammissibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *ius poenitendi*) (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 08 aprile 2011 , n. 699).

La revoca disposta nel caso di specie deve ritenersi legittima. Il Comune (seppure muovendo dalla premessa erronea che la gestione del porto di Tropea sia un “servizio pubblico a rilevanza economica”) ha adeguatamente e ragionevolmente motivato sulle ragioni di pubblico interesse che inducono l’amministrazione che aveva già disposto l’affidamento a rimeditare in senso inverso il proprio precedente operato. Invero, è proprio la modalità organizzativa all’epoca prescelta (affidamento a società mista con partecipazione minoritaria dell’ente locale) ad essere quindi valutata come non più “idonea a soddisfare pienamente le contemporanee esigenze di efficace ed economica gestione e di efficiente controllo, tanto da indurre l’amministrazione a valutare il mutamento dell’assetto organizzativo ed istituzionale per la gestione del servizio”. Si è in presenza di una scelta organizzativa e gestionale, ampiamente discrezionale, che appartiene alla sfera del merito amministrativo, non sindacabile in assenza di profili di sviamento apprezzabili in sede di legittimità (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 06 maggio 2011 , n. 2713). Peraltro, la scelta di “abbandonare” il precedente modello organizzativo-gestionale è nella specie fondata anche su ragioni specifiche che corroborano la decisione di revocare l’affidamento (necessità di un efficace controllo “a salvaguardia dell’interesse pubblico e degli standard di esecuzione del servizio”).

Da ultimo, sul punto, la contestata revoca dell’affidamento, se ancora riguardata sotto il profilo del servizio pubblico, il cui esercizio è condizionato dalla vigenza della concessione demaniale marittima, appare necessitata, giacché, con la scadenza al 31.12.2010 di quest’ultima, sarebbe venuto meno il presupposto che aveva legittimato la società Porto di Tropea a svolgere l’attività di gestione del porto

turistico, il che ha reso inutile la comunicazione di avvio del procedimento, di cui si è lamentata l'omissione.

8. - Quanto allo specifico profilo del denegato rilascio della concessione, il secondo gruppo di censure proposte dalla ricorrente riguarda la sua pretesa ad ottenere in primo luogo la concessione marittima cinquantennale e in subordine a vedersi riconosciuto la proroga ex lege di quella quadriennale in suo possesso ed in scadenza al 31 dicembre 2010.

In tema di concessioni demaniali marittime va detto che esse rappresentano una delle più importanti fattispecie di concessione in uso ai privati di beni demaniali. Tra dette concessioni demaniali rientrano quella finalizzata alla nautica da diporto e quella per scopi turistici e ricreativi.

9 - La normativa fondamentale in materia di concessioni demaniali marittime si trova nel codice per la navigazione. Vanno anche tenute in considerazione le discipline speciali: per la nautica da diporto importante è il D.P.R. 509/1997, in base al cui articolo 2 vengono definite le strutture dedicate alla nautica da diporto.

Con il decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400 (convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494), è stata fissata, invece, la tipologia delle concessioni turistico-ricreative, che sono quelle elencate all'art. 01 (come chiarito in via di interpretazione autentica dall'articolo 13 della legge 8 luglio 2003, n. 172).

Detto articolo prevede che “ La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività:

- a) gestione di stabilimenti balneari;
- b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio;
- c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere;

- d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive;
- e) esercizi commerciali;
- f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

10 -In seguito al trasferimento alle Regioni di parte delle funzioni di gestione del demanio marittimo la Regione Calabria ha adottato la legge n. 17 del 2005, con la quale ha provveduto a disciplinare l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo destinato a fini turistico-ricreativi delegate ai sensi del D.P.R. n. 616/1977 nonché di quelle conferite ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 e successive modifiche ed integrazioni.

Ai sensi dell'articolo 2 di detta legge regionale per attività turistico ricreative si intendono:

- a) stabilimenti balneari e servizi complementari e di supporto, compresi la vigilanza ed il soccorso;
- b) esercizi di ristorazione e di somministrazione di bevande;
- c) esercizi commerciali tipici;
- d) noleggio di imbarcazioni e natanti;
- e) ormeggio, alaggio, stazionamento e servizi complementari alla nautica da diporto;
- f) campeggi ed altre strutture ricettive e di attività ricreative e sportive;
- g) esercizi commerciali complementari alle attività turistiche, nautiche e ricreative;
- h) servizi complementari di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, funzionali alle attività turistiche e ricreative che precedono.

In tema di attività amministrative, l'articolo 4 della menzionata legge regionale dispone che la Regione conferisce ai Comuni le funzioni inerenti:

- a) il rilascio ed il rinnovo, la revoca e la decadenza delle concessioni demaniali marittime;
- b) la vigilanza sull'uso delle aree concesse rispetto alle finalità turistico-ricreative;
- c) l'autorizzazione al subingresso nella concessione;
- d) l'autorizzazione all'affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione;
- e) rilascio, rinnovo, modificazione e revoca delle concessioni relative ai porti di interesse regionale di cui all'articolo 9 della legge n. 88/2001.

11 - L'ultima modifica legislativa che interessa la controversia in esame è l'articolo 1, comma 18 del D.L. 30-12-2009 n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative) concernente le concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, prescindendosi in questa sede dall'affrontare la problematica del diritto di insistenza e della relativa procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, il quale dispone che “ il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data....”.

12 - Andando ora ad esaminare nel dettaglio le censure formulate in merito al rinnovo e/o rilascio della concessione demaniale, in primo luogo la ricorrente lamenta la violazione della disciplina recata dall'articolo 10 bis della legge 241/1990 per non aver ricevuto la stessa alcun preavviso di rigetto rispetto alla concessione cinquantennale richiesta in precedenza e per la quale si era completata l'istruttoria ministeriale.

Dalla documentazione versata in atti non si rinviene alcun atto di diniego testualmente riferibile alla richiesta di concessione cinquantennale, in quanto la delibera 42/2010 al punto 3 afferma di “dare atto che per le motivazioni medesime non si procederà al rinnovo della concessione demaniale scadente il 31/12/2010” e la nota del sindaco del 2 ottobre 2010 riferisce che non si procederà al rinnovo

della concessione demaniale richiesta con nota acquisita agli atti in data 29 settembre 2010 prot. 30490. Peraltro, in detta nota non viene compiutamente esplicitata la volontà della ricorrente di richiedere il rinnovo della concessione quadriennale in scadenza: solo nell'oggetto si fa riferimento alla richiesta di rinnovo della concessione n. 1/2007, mentre nel corpo della stessa si fa riferimento al solo sollecito di rilascio della concessione cinquantennale. La volontà di richiedere il rilascio della concessione cinquantennale contraddice la pretesa (rivendicata anche in questa sede) al rinnovo automatico della menzionata concessione quadriennale.

Non risulta, quindi., alcuna violazione della disciplina riguardante il preavviso di rigetto, atteso che non risulta adottato nessun provvedimento di diniego della richiesta concessione demaniale cinquantennale.

La società ricorrente afferma, poi, che la concessione quadriennale rilasciata alla Società Porto di Tropea con scadenza al 31 dicembre 2010 rientra tra quelle finalizzate a realizzare scopi turistico- ricreativi e soggetta quindi alla proroga ex lege (D.L. 194/2010). Va, a tal proposito chiarito che sebbene nella legge regionale vengano le attività di cui alla lettera e) dell'art. 2 (ormeggio, alaggio, stazionamento e servizi complementari alla nautica da diporto) ricomprese tra le attività soggette a concessioni turistico-ricreative e sebbene dette attività siano quelle svolte anche dalla società ricorrente, il Collegio ritiene che debba essere applicata l'interpretazione autentica operata in materia dal legislatore nazionale con l'articolo 13 della legge 172/2003, che non ricomprende dette attività tra quelle soggette a concessione turistico-ricreativa. Pertanto, l'attività svolta dalla società ricorrente e finalizzata alla nautica da diporto non può ritenersi rientrare tra le attività soggette a concessioni turistiche ricreative. Conseguentemente, la concessione quadriennale rilasciata alla ricorrente con scadenza al 31 dicembre 2010 non rientra nell'ambito oggettivo individuato dal D.L. 194/2009 (concessioni turistico-ricreative), per cui

non può essere vantata alcuna pretesa alla proroga ex lege della stessa fino al 2015. Tra l'altro, la stessa Regione Calabria fa espressamente sua, all'articolo 11 del PIR approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 147/2007, l'interpretazione autentica operata dal legislatore nazionale in tema di concessioni per finalità turistiche ricreative.

13 -Per quanto riguarda poi la competenza a rilasciare la concessione demaniale cinquantennale, sebbene la ricorrente affermi, riportando l'articolo 11 del menzionato PIR della Calabria, la competenza del Dirigente regionale, in realtà, ai sensi dell'articolo 4 della legge regionale n. 17/2005, le funzioni amministrative sono state assegnate ai Comuni mentre alla Regione spettano solo le funzioni di programmazione ed indirizzo generale di cui all'articolo 3 della richiamata legge regionale.

14 - Deve, infine, il Collegio rilevare che la scadenza della concessione al 31 dicembre 2010 produce, come detto, il venir meno del substrato giuridico-fattuale che regge l'affidamento delle attività alla ricorrente. In altri termini, priva di concessione demaniale la ricorrente non può comunque, in fatto e in diritto, più continuare a svolgere l'attività di gestione del porto turistico di Tropea, il che rende inutile l'esame di ulteriori vizi di carattere procedimentale dedotti.

15.- La conclusione appena esposta, diversamente da quanto sostenuto dal Comune resistente, non priva la ricorrente di interesse e legittimazione a contestare quella parte dell'avversata delibera, e con essa gli atti conseguenti specificamente relativi al punto in esame, che dispone la internalizzazione delle attività già alla stessa affidate. Tale internalizzazione delle attività deve, infatti, passare necessariamente per l'assegnazione della concessione di area demaniale marittima (alla quale il Comune di Tropea ha illegittimamente proceduto con concessione n. 2 del 28 marzo 2011). A questa assegnazione della concessione demaniale

marittima può legittimamente concorrere la ricorrente, una volta che per il suo rilascio sia data adeguata pubblicità.

16 - La delibera n. 42 sul punto della disposta internalizzazione è illegittima.

Ritiene la resistente Amministrazione di aver dovuto fare (legittima) applicazione dell'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007. La citata disposizione stabilisce che "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società...". L'obiettivo della disposizione è quello di sostenere la concorrenza ed il mercato e non quello di sottrarre al mercato attività imprenditoriali per ricondurle ad un ambito di gestione pubblicistico. L'obbligo a dismettere la propria partecipazione non può né sul piano logico né su quello giuridico fondare o fare da presupposto alla decisione di internalizzare le attività. Semmai, la ratio della norma è proprio quella opposta di tener fuori il soggetto pubblico dalle attività di produzione di beni e servizi non necessarie ai fini istituzionali

La disposizione in questione evidenzia quindi un chiaro disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 10 del 2011).

Peraltro, il Comune può dismettere la sua quota del capitale sociale, ma la società una volta costituita rappresenta un organismo autonomo, con ogni conseguenza sul piano processuale, nel senso che le problematiche, pure sollevate in questa sede, sul suo scioglimento, sono di pertinenza del giudice ordinario. E' stato infatti osservato in giurisprudenza che la società per azioni a partecipazione pubblica non

muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché enti pubblici ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico istituzionale azionista della stessa, anche quale socio di maggioranza, che farà valere le sue direttive non avvalendosi di poteri pubblicistici ma attraverso gli ordinari strumenti del « diritto societario » di cui al codice civile (cfr. T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 25 maggio 2009 , n. 875).

17 - In merito alla scelta dell'amministrazione di realizzare “ in house” l'attività portuale in questione, va preliminarmente ribadito secondo costante giurisprudenza che la sottoposizione ai principi di evidenza pubblica 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 principi di trasparenza e non discriminazione. (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n° 168/2005, Consiglio Stato , sez. VI, 30 settembre 2010 , n. 7239).

In altri termini, il procedimento per la concessione di aree demaniali, in quanto volto a fornire un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, deve svolgersi con una procedura competitiva ad evidenza pubblica in cui siano compiutamente applicati gli inerenti principi di massima trasparenza e pubblicità, nel rispetto dei principi comunitari e previa pubblicazione del bando sulla G.U. dell'Unione Europea, quando sia superata la relativa soglia di valore (cfr. Consiglio Stato , sez. VI, 22 marzo 2011 , n. 1747 nonché Tar Campania Napoli n° 10326 del 31.10.2007; T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 05 dicembre 2008 , n. 21241; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 23/4/2010 n. 2085).

Contravviene a tali principi la resistente Amministrazione allorquando, in sede di adozione della concessione n. 2 del 2011, concede a se stessa l'uso del bene demaniale sia pure per un anno, senza attivare alcuna procedura conforme alle regole di evidenza pubblica sopra richiamate: invero, molto singolarmente il Comune dà conto, in sede motiva, della mancanza di richieste da parte di altri soggetti di concessione, che tuttavia non avrebbero potuto esservi non essendo mai stata data pubblicità ad alcun intendimento dell'amministrazione di assoggettare a procedura di evidenza pubblica il rilascio della concessione, per la semplice ragione che siffatto intendimento non è stato mai neanche assunto dall'amministrazione, la quale fin dalla delibera n. 42 ha invece manifestato, in modo in equivoco, la volontà di internalizzare l'attività. Del tutto irrilevante è, quindi, la intervenuta pubblicazione all'albo pretorio della concessione n. 2 del 2011.

18 - Non può poi non essere rilevato che l'amministrazione ha in concreto inteso "realizzare in house il servizio pubblico di interesse economico" affidando la gestione del porto di Tropea, con delibera n. 65/2011, non già ad un soggetto esterno alla propria organizzazione amministrativo-burocratica e tecnicamente attrezzato, ma a mezzo di diretta attribuzione al dirigente dell'Area urbanistica – lavori pubblici della responsabilità della gestione del porto, costituendo una équipe dirigenziale di supporto al medesimo composta dal segretario generale, dal responsabile della polizia municipale, dal responsabile della ragioneria e da quello dell'area amministrativa, tutti soggetti già deputati a svolgere le funzioni amministrative proprie dell'ente locale. Siffatto modello organizzatorio, oltre a non essere conforme ai modelli di gestione di un servizio pubblico, correttamente inteso, si è nei fatti rivelato inidoneo al perseguimento degli obiettivi proposti, essendo stata costretta l'amministrazione, con determina n. 128 del 7 ottobre 2011, ad affidare sia pure per soli due mesi parte delle attività connesse alla gestione del

porto a società esterna, a comprova della inefficacia del modello organizzativo perseguito.

19 - Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il Collegio estromette dal presente giudizio la Regione Calabria, dichiara inammissibile l'intervento ad opponendum del Comune di Parghelia ed in parziale accoglimento del proposto ricorso annulla la delibera n. 42 del 29 settembre 2010 nella sola parte in cui dispone la internalizzazione delle attività di gestione del porto turistico di Tropea, e degli atti a detta parte conseguenti, in particolare - nel segnalato limite - la determinazione n. 419 del 27 dicembre 2010 e la concessione di area demaniale n. 2 del 28 marzo 2011.

In ragione della parziale soccombenza, appare equo al Collegio disporre la integrale compensazione delle spese del presente giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, estromette dal presente giudizio la Regione Calabria, dichiara inammissibile l'intervento ad opponendum del Comune di Parghelia ed in parziale accoglimento del proposto ricorso annulla la delibera n. 42 del 29 settembre 2010 nella sola parte in cui dispone la internalizzazione delle attività di gestione del porto turistico di Tropea, e degli atti a detta parte conseguenti, in particolare - nel segnalato limite - la determinazione n. 419 del 27 dicembre 2010 e la concessione di area demaniale n. 2 del 28 marzo 2011

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Anna Corrado, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

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