

Pubblicato il 15/02/2021

N. 00504/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01306/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1306 del 2020, proposto da Comet S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferruccio Puzzello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Autorità di Sistema Portuale dello Stretto - Messina, in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria in Catania, Via Vecchia Ognina 149;

per l'annullamento

a) del decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto n. 115 in data 8 luglio 2020, con cui è stata rigettata l'istanza assunta al numero di protocollo 3911 del 30 aprile 2020, con la quale la società aveva chiesto "la estensione della validità della concessione demaniale marittima, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145"; b) ove occorra, del preavviso di rigetto n. 4104 in data 7 maggio 2020; c) della relazione adottata dal preposto all'Area

Demanio e Autorizzazioni richiamata nel citato decreto n. 115 in data 8 luglio 2020; c) della nota adottata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 34475 in data 20 dicembre 2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il giorno 27 gennaio 2021 il dott. Daniele Burzichelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato: a) il decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto n. 115 in data 8 luglio 2020, con cui è stata rigettata l'istanza assunta al numero di protocollo 3911 del 30 aprile 2020, con la quale la società aveva chiesto "la estensione della validità della concessione demaniale marittima, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145"; b) ove occorra, il preavviso di rigetto n. 4104 in data 7 maggio 2020; c) la relazione adottata dal preposto all'Area Demanio e Autorizzazioni richiamata nel citato decreto n. 115 in data 8 luglio 2020; c) la nota adottata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 34475 in data 20 dicembre 2019.

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto quanto segue: a) la ricorrente si occupa di nautica da diporto ed è titolare della concessione demaniale marittima n.0001/2009ME - Rep. n. 902, cui sono seguiti gli atti ricognitivi n. 14/2015 del 3 novembre 2015 e n. 26/2016 del 29 novembre 2016, la cui scadenza è prevista in data 31 dicembre 2020; c) intervenuta la legge 30 dicembre 2018. n. 145 (commi da 675 a 685 dell'articolo unico), la società ha chiesto all'Amministrazione di prendere atto della estensione della durata della concessione sino al 31 dicembre 2033; d) l'Amministrazione ha comunicato il preavviso di rigetto, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019 in data 18 novembre 2019 e la Circolare ministeriale pubblicata in data 23 dicembre 2019; e) la ricorrente ha

interloquuto in sede procedimentale, ma è stato, tuttavia, adottato il diniego in questa sede impugnato, nel quale, tra l'altro, si afferma che la società non aveva fatto pervenire osservazioni.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) l'Autorità ha disapplicato la disciplina nazionale, ritenendola non conforme al diritto europeo, ma tale presupposto deve essere rigorosamente comprovato; b) nel caso di specie la disapplicazione risulta apodittica ed operata in violazione del principio di legalità e di divisione dei poteri; c) e la posizione espressa dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 78742/2019 non è affatto univoca e la parte della decisione rilevante ai fini della controversia in esame costituisce un "obiter dictum"; d) l'esercizio frettoloso del potere di disapplicazione non considera le varie norme di legge intervenute a disciplinare la fattispecie di interesse in epoca successiva alla decisione del Consiglio di Stato e all'adozione della Circolare ministeriale (art. 182 del decreto legge n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 e art. 100 del decreto legge n. 104/2020); e) l'Amministrazione, in sostanza, attraverso l'operata disapplicazione si è sostituita al potere legislativo; f) a fronte di un'inaccettabile applicazione non uniforme del citato art. 1, comma 682, il legislatore è intervenuto, quasi in modalità interpretativa, con il menzionato art.182 del decreto legge n. 34/2020, anche per porre fine alla disomogenea attività amministrativa, ribadendo che l'estensione della validità della concessione sino al 31 dicembre 2033 è sempre stata in vigore ed è ulteriormente confermata ed estesa nell'applicazione, nonché motivata e giustificata con circostanze di fatto e di diritto nuove agganciate ai vigenti principi comunitari; g) l'estensione della validità del titolo è normativamente agganciata ad un previsto procedimento di riordino assegnato "ex lege" al governo centrale e ad organi ministeriali (non a caso, il comma 682 impone agli enti concedenti "la ricognizione delle attività" sui beni del demanio marittimo: sul punto, cfr. anche i commi 675 e 676); h) non viene in rilievo nel caso di specie una "risorsa naturale scarsa" (secondo la previsione dell'art. 12 della direttiva 123/2006, cosiddetta

“Bolkstein”), poiché sussistono numerose porzioni di territorio demaniale libero da poter assegnare in concessione agli imprenditori interessati; i) non viene in rilievo un “interesse transfrontaliero certo”, posto che il regolamento della Commissione Europea n. 2019/1927 individua la soglia “comunitaria” delle concessioni nel valore di € 5.350.000, mentre nella specie il valore della concessione è assai inferiore (€ 72.210,02); l) a ciò deve aggiungersi che non sussiste vicinanza geografica ad altro Stato dell’Unione; m) nella specie non è stata applicato il principio del legittimo affidamento e della buona fede, dovendo tenersi conto che la concessione di interesse è stata rilasciata a far data dall’1 gennaio 2008, ossia prima del 23 aprile 2010 (data di adozione del decreto legislativo n. 59/2010 di recepimento della direttiva Bolkestein) e prima della pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia in data 14 luglio 2017; n) il diniego è fondato su motivazioni che in alcun modo tengono conto dell’apporto procedimentale della ricorrente, o) non consta che sia stato acquisito il previsto parere obbligatorio del Comitato di Gestione, ritualmente nominato con decreto n. 73 in data 5 maggio 2020.

L’Amministrazione intimata, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del gravame, osservando, in sintesi, quanto segue: a) come affermato nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7874/2019, le proroghe “automatiche” delle concessioni demaniali non possono trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, ivi compresa l’estensione introdotta dalla legge n. 145/2018 (art. 1, commi 682 e 683); b) di recente si sono espressi nel senso dell’avviso manifestato dall’Amministrazione sia il T.A.R. Campania, Salerno, con sentenza n. 221 del 10 febbraio 2020, sia il T.A.R. Veneto, Venezia, con sentenza n. 218/2020 del 3 marzo 2020; d) per le concessioni che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE deve trovare applicazione l’art. 49 TFUE che prevede e regola il diritto di stabilimento; d) una volta accertato che la concessione rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, è possibile affermare che - come sancito dalla citata sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, C-

458/14 e C-67/15 - il rilascio della stessa è necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità; e) circa il requisito dell'interesse transfrontaliero, declinato nella duplice prospettiva della collocazione geografica e del rilievo economico, non può essere sottaciuta la rilevanza strategica del porto di Messina nell'ambito della navigazione tra le due sponde dello Stretto quale luogo di transito e di collegamento di rilevanza non solamente europea; f) la rilevanza economica, poi, non si desume dal "mero costo della concessione", ma del ben più consistente volume complessivo d'affari (del resto la stessa società dichiara di aver effettuato "ingentissimi investimenti" così evidenziando, "per tabulas", la rilevanza economica dell'attività esercitata all'interno del compendio demaniale di che trattasi); g) secondo la più recente giurisprudenza, la buona fede del concessionario è ravvisabile, in linea di principio, solo per le concessioni antecedenti l'adozione della direttiva 2006/123/CE (cfr. T.A.R. Veneto, n. 218/2020 del 3 marzo 2020; Cons. Stato, VI, n. 7874 del 2019).

Con ulteriori memorie in data 16 ottobre 2020, 24 dicembre 2020 e 2 gennaio 2021 la ricorrente ha ribadito e ulteriormente illustrato le proprie difese, anche alla luce delle deduzioni avversarie, facendo riferimento, in particolare, alle sentenze del T.A.R. Puglia, Lecce, I, n. 1341/2020 e del T.A.R. Toscana, Firenze, n. 1377/2020 e osservando che risulta inammissibile l'integrazione postuma del provvedimento in sede giurisdizionale.

Nella data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Appare opportuno sintetizzare le affermazioni contenute nelle citate sentenze del Consiglio di Stato, VI, n. 7874/2019 (su cui l'Amministrazione ha essenzialmente fondato il proprio diniego) e del del T.A.R. Puglia, Lecce, I, n. 1341/2020, menzionata, da ultimo, dalla parte ricorrente a sostegno delle proprie tesi.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 7874/2019 si è, in sostanza, affermato, per ciò che in questa sede interessa, quanto segue: a) ancor prima

della nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (in cause riunite C-458/14 e C-67/15), la giurisprudenza aveva già in larga parte aderito all'interpretazione dell'art. 37 del codice della navigazione, secondo cui deve privilegiarsi l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio di concessioni demaniali marittime, in adesione ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di “par condicio”, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva n. 123/2016, i quali si applicano anche in materie diverse dagli appalti, poiché riconducibili ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici (sul punto, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 e, nello stesso senso, in epoca più recente Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394, nonché in epoca antecedente e in via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934); b) la Commissione Europea ha affermato che “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 in data 29 aprile 2000, nonché sentenza della Corte di Giustizia in data 7 dicembre 2000, in causa C-324/98); c) tali principi sono stati riaffermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza della Sezione V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, in cui si precisa che “l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati”; d) ne consegue che la proroga “ex lege” delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole dell'Unione

Europea sull'indizione delle gare; e) la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta "Bolkstein") del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno ("direttiva servizi"), ha affermato che le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della menzionata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga "ex lege" delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse (regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva); f) la Corte ha anche affermato che, per le concessioni per le quali la direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consenta una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo; g) come è stato chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018 n. 3600; Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3377 e 13 aprile 2017 n. 1763): - ai sensi dell'art. 1, comma 18, del decreto legge n. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, in legge n. 25/2010, come successivamente modificato, in ragione della soppressione del cosiddetto "diritto di insistenza" (ossia del diritto di preferenza in favore dei concessionari uscenti), impone all'Amministrazione, che intenda procedere all'assegnazione di una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi del diritto europeo (libera di circolazione dei servizi, "par condicio", "imparzialità" e "trasparenza"), di indire una procedura selettiva, dando prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico; h) a fronte

dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il soggetto già titolare del titolo vanta un mero interesse di fatto a che l'Amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione giuridica qualificata, con conseguente insussistenza di alcun obbligo di proroga “ex lege” da parte del concedente; i) l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere esclusa in ossequio alla menzionata pronuncia dell'anno 2016 della Corte di Giustizia, che comporta la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, del decreto legge n. 194/2009 e dell'art. 34-duodecies, del decreto legge n. 179/2012, sicché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento, come del resto la giurisprudenza nazionale ha in più occasioni già riconosciuto (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368); l) più volte il Consiglio di Stato ha sancito in via generale l'illegittimità di una normativa sulle proroghe “ex lege” della scadenza di concessioni demaniali, in quanto equivalenti a un rinnovo automatico di per sé ostativo a una procedura selettiva, e già in decisioni precedenti la Corte di Giustizia aveva affermato l'illegittimità di leggi regionali che contemplavano, a talune condizioni, la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo in favore del soggetto già titolare, evidenziando che proroga e rinnovo automatico, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violano in generale i principi del diritto comunitario sulla libertà di stabilimento e la tutela della concorrenza; l) ciò significa che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, prevista dall'articolo unico, comma 683, della legge n. 155/2019 è coinvolta, con le conseguenze del caso, nel ragionamento giuridico che è stato esposto e ciò non solo perché tale disposizione rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento europeo dalla Corte di Giustizia nel 2016 (determinando una loro inammissibile reviviscenza giuridica), ma, a maggior ragione, perché il recente intervento

della Corte di Giustizia, Sezione V, con la sentenza del 30 gennaio 2018, in causa C-360/15, ha addirittura esteso la platea dei soggetti interessati a pretendere che l'assegnazione della concessione demaniale intervenga solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva; m) la Corte di Giustizia ha, peraltro, precisato che una proroga della concessione demaniale può essere giustificata quando essa è finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovverosia qualora quest'ultimo abbia ottenuto la concessione in un periodo in cui "non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza"; n) la tutela della buona fede del concessionario, quindi, va valutata tenendo conto della data di adozione della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta "Bolkstein"), sicché, nell'ipotesi di concessione demaniale marittima rilasciata in data antecedente, la cessazione anticipata della concessione "deve essere preceduta da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico"; o) la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere del giudice, che opera anche d'ufficio (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1219 e, prima ancora, Cass. Civ., 18 novembre 1995 n. 11934), al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri; p) la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, infatti, crea l'obbligo in capo al giudice nazionale di uniformarsi ad essa e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno, dando luogo, al contempo, a una procedura di infrazione nei confronti dello Stato di cui il giudice è organo (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890); q) allo stesso modo, le statuizioni della Corte di Giustizia, che chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione Europea, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a

quelli oggetto del rinvio, in quanto aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione (cfr. Corte Cost., ordinanza del 23 giugno 1999, n. 255, e del 23 aprile 1985, n. 113; Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787); r) secondo un principio consolidato in giurisprudenza, la disapplicazione (“rectius”, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto europeo deve intervenire a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia e costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora tale apparato sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto europeo (cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, nonché Corte Costituzionale in data 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea, Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, in causa C- 103/88 F.C., nonché Corte di Giustizia, 24 maggio 2012, in causa C-97/11 Amia); s) nel caso in cui emerga, pertanto, un contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto europeo, è fatto obbligo al funzionario che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma europea di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342).

Al contrario, nella sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, I, n. 1341/2020 si è affermato, in sostanza e per ciò che in questa sede interessa, quanto segue: a) le sentenze della Corte di Giustizia non sono sussumibili tecnicamente tra le fonti del diritto e il loro riconosciuto effetto vincolante risulta circoscritto alle sole sentenze interpretative del diritto europeo, dovendosi pertanto ritenere che esse, sebbene non qualificabili come fonti del diritto in senso tecnico, siano tuttavia vincolanti quanto all'interpretazione e costituiscano, pertanto, fonte di integrazione del diritto europeo, del quale esprimono una interpretazione autentica; b) non può invece riconoscersi natura interpretativa vincolante alla recente pronuncia della Corte di Giustizia in cui si afferma il

principio secondo cui la prevalenza della norma europea su quella nazionale comporta l'obbligo di disapplicazione di quella interna da parte dello Stato membro "in tutte le sue articolazioni", ovvero sia da parte del giudice che da parte dell'Amministrazione; c) appare, infatti, evidente che tale statuizione non può ritenersi di natura interpretativa in relazione ad una specifica direttiva o ad un regolamento europeo; d) per sentenza interpretativa del diritto europeo deve, infatti, intendersi una pronuncia volta a chiarire la portata e la "ratio legis" di una statuizione specifica e non già una qualsiasi affermazione di carattere generale volta a condizionare in senso vincolante e limitativo l'attività decisionale del giudice interno o della Pubblica Amministrazione, cioè di funzioni che soggiacciono a norme e a regole processuali inderogabili previste dall'ordinamento nazionale; e) l'orientamento espresso dalla giurisprudenza quanto all'obbligo dell'Amministrazione di disapplicare la norma nazionale non può, quindi, essere condiviso, dovendo attribuirsi all'affermazione della Corte la semplice natura di "obiter dictum"; f) l'interpretazione abrogante è consentita solo ed esclusivamente in presenza della contemporanea vigenza di due norme in conflitto insanabile tra loro e perché si abbia un conflitto insanabile è necessario che non risulti possibile dirimere il conflitto - in una prospettiva di coerenza e completezza dell'ordinamento - facendo applicazione di regole precise e consolidate, quali quelle che attribuiscono prevalenza, ad esempio, alla norma speciale successiva su quella generale precedente; g) al di fuori di tale particolare ipotesi il ricorso all'interpretazione abrogante non è consentito al giudice e a maggior ragione alla Pubblica Amministrazione; h) proprio in ragione della delicatezza e complessità della interpretazione abrogativa in ipotesi finalizzata alla disapplicazione della norma, l'ordinamento nazionale attribuisce al giudice la facoltà, ricorrendone presupposti, di sospendere il giudizio e di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale; i) la disapplicazione attiene, invece, alla decisione di un caso concreto e non è idonea a determinare effetti "erga omnes"; l) anche l'ordinamento europeo, proprio in vista dell'eventuale

disapplicazione da parte del giudice della norma nazionale in conflitto con la norma comunitaria, attribuisce allo stesso il potere di sospensione del giudizio e di rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Giustizia; m) la facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e quella di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sono funzioni strumentali e ancillari rispetto al potere di disapplicazione della norma nazionale riconosciuto al giudice; n) al fine di stabilire chi possa o debba disapplicare la norma nazionale in conflitto con la normativa europea appare dirimente considerare che le predette facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto prodromiche e funzionali rispetto alla eventuale successiva disapplicazione della norma interna, non sono, invece, attribuite alla Pubblica Amministrazione; o) proprio tale considerazione induce a ritenere che la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella europea, risulti vincolante per l'Amministrazione, che sarà tenuta ad osservare la norma interna e ad adottare provvedimenti conformi e coerenti con la disciplina nazionale; p) occorre, inoltre, considerare che la disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice si inserisce in un contesto coerente e tendenzialmente unitario, quale quello proprio del sistema di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento, il quale - attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinaria e straordinaria - garantisce uniformità di applicazione della disposizione sul territorio nazionale, laddove la disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole Pubbliche Amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata, in ipotesi, da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del territorio di riferimento; q) né può eccepirsi senso contrario il possibile inadempimento dello Stato membro rispetto agli obblighi derivanti dalla sottoscrizione del Trattato, perché trattasi di profili che corrono su piani paralleli, autonomi ed interdipendenti fra loro; r) ciò senza, peraltro, dimenticare che la Corte di Giustizia, in varie pronunce, ha riconosciuto la doverosa tutela del principio del legittimo affidamento del titolare di

concessione demaniale marittima con riferimento a rapporti concessori in essere che siano sorti in epoca antecedente rispetto alla data di adozione della direttiva servizi; s) risulterebbe, quindi, del tutto illogico ritenere che il potere di disapplicazione della legge nazionale, attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento europeo e supportato dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, si ritenesse, viceversa, "sic et simpliciter", attribuito in via automatica e addirittura vincolata al funzionario amministrativo, il quale non dispone - non a caso - della possibilità di ricorrere a tali facoltà.

A giudizio del Collegio le conclusioni raggiunte dal T.A.R. di Lecce non possono essere condivise per le ragioni seguenti: a) in un sistema di gerarchia delle fonti la norma sovraordinata prevale su quella subordinata; b) il diritto europeo - con i limiti a tutti noti - costituisce una fonte sovraordinata rispetto alla legge nazionale e il contrasto fra la norma primaria nazionale e quella europea vincolante impone di assegnare supremazia alla seconda, senza necessità del meccanismo previsto per l'ipotesi di previsione di legge contrastante con la Costituzione; c) il giudice, infatti, è tenuto a rimettere la questione alla Corte di Giustizia solo nel caso in cui dubiti che la disposizione interna confligga con il diritto europeo, mentre, se tale dubbio non sussiste, è tenuto a disapplicare "sic et simpliciter" la norma nazionale; d) anche il funzionario pubblico, nel dare attuazione alla legge, deve applicare la fonte normativa prevalente e, quindi, nel contrasto fra diritto europeo immediatamente vincolante e disciplina nazionale, deve assegnare prevalenza al primo; d) ciò è esattamente quanto avviene anche nell'ipotesi di contrasto tra legge nazionale e regolamento, dovendo il funzionario pubblico attenersi a quanto disposto dalla fonte sovraordinata, cioè alla legge (tanto che, se il funzionario non opera in tal senso, il suo provvedimento, qualora impugnato, viene annullato dal giudice amministrativo o disapplicato da quello ordinario e da quello amministrativo); e) ovviamente non vale opporre che il funzionario è tenuto ad applicare il regolamento illegittimo in forza di eventuali ordini

impartiti dal superiore gerarchico - debitamente reiterati per iscritto nel caso di rimostranza - perché tale circostanza non rende certamente legittimo il provvedimento adottato in forza del regolamento che contrasti con la norma primaria, né determina l'illegittimità del diritto di rimostranza da egli esercitato, ma è la semplice conseguenza della disciplina di legge che impone al subordinato di attenersi agli ordini del superiore, sebbene illegittimi; f) quanto esposto rende superflua ogni altra considerazione, ma può, comunque, aggiungersi che le osservazioni della Corte di Giustizia in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale in contrasto con il diritto comunitario non costituiscono un "obiter dictum", ma consistono in affermazioni rese in sede di rinvio pregiudiziale e relative alla corretta interpretazione dei Trattati in relazione al caso deciso, cioè in occasione del puntuale assolvimento dei compiti istituzionali propri di tale organo, con la conseguenza che la relativa pronuncia risulta vincolante; g) d'altronde, come ripetutamente affermato anche dalla giurisprudenza interna, le statuizioni della Corte di Giustizia, che chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione Europea, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, in quanto aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione (cfr. Corte Costituzionale, ordinanza del 23 giugno 1999, n. 255, e del 23 aprile 1985, n. 113; Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787); h) la circostanza, poi, che la Pubblica Amministrazione non disponga dello strumento del rinvio pregiudiziale è del tutto influente, in quanto il rinvio pregiudiziale è semplicemente un meccanismo particolare predisposto dall'ordinamento con la precipua finalità di evitare l'afflusso di una serie indeterminata di richieste innanzi al giudice chiamato a provvedere al riguardo; i) in sostanza, il fatto che le questioni sottoposte alla Corte di Giustizia o alla Corte Costituzionale debbano provenire da un giudice secondo certe modalità costituisce solo un espediente tecnico che serve a filtrare un numero potenzialmente eccessivo di perplessità eventualmente infondate; l) tra l'altro, come sopra indicato, il

giudice nazionale non dispone della facoltà di rinviare “tout court” la causa alla Corte di Giustizia, potendo operare in tal senso soltanto nel caso in cui egli effettivamente dubiti della legittimità della disciplina nazionale alla stregua del diritto europeo, mentre, ove tale dubbio non sussista, è semplicemente obbligato a disapplicare la norma interna; m) neppure può opporsi che il quadro delineato potrebbe generare un caos in sede applicativa, in quanto ciò vale per qualsiasi disposizione normativa che consenta un certo margine di interpretazione, sicché dovrebbe, allora, ritenersi necessario approntare adeguate soluzioni - a dispetto delle autonomie riconosciute in Costituzione - per una uniforme e rigida interpretazione dell'ordinamento da parte di tutte le Pubbliche Amministrazioni presenti sul territorio nazionale.

Per le considerazioni che precedono il Tribunale ritiene che le affermazioni contenute nella citata sentenza del Consiglio di Stato Consiglio di Stato, VI, n. 7874/2019 non siano affatto scalfite dalle pronunce del T.A.R. di Lecce.

Tali affermazioni, inoltre, sono pienamente condivise dal Tribunale, con la conseguenza che le censure contenute in ricorso devono giudicarsi infondate, dovendo semplicemente precisarsi quanto segue.

Nel caso di specie la questione dell'eventuale affidamento del soggetto già concessionario non può essere seriamente prospettata, in quanto il titolo di cui trattasi è stato rinnovato in data 3 novembre 2015 e 29 novembre 2016, cioè in epoca di molto successiva all'adozione della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta “Bolkstein”), con cui si è dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo restano soggetti agli obblighi di trasparenza.

Ne consegue che, nella specie, il concessionario ha ben potuto effettuare le sue valutazioni e intraprendere le opportune iniziative e cautele nella prospettiva dell'esperimento di una procedura selettiva per il successivo affidamento della concessione.

Né può ragionevolmente ritenersi che l'Amministrazione fosse tenuta a motivare esplicitamente in ordine all'insussistenza del legittimo affidamento, risultando la circostanza immediatamente evidente avuto riguardo all'epoca

dei rinnovi, e, comunque, in proposito dovrebbe comunque farsi applicazione del disposto di cui all'art. 21-octies, secondo comma, della legge n. 241/1990, secondo cui non può essere annullato il provvedimento che non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato. Come, poi, risulta da una torrenziale giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'interesse transfrontaliero si determina in ragione, non solo del valore stimato dell'appalto o, nel caso di specie, della concessione, ma in relazione alla tecnica o all'ubicazione dell'affidamento in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.

E' evidente che tale interesse sussiste nel caso in esame, venendo in rilievo un affidamento estremamente appetibile dal punto di vista economico e anche di agevole gestione, trattandosi di una concessione per un piccolo approdo turistico con struttura adibita a ristoro e servizi di accoglienza.

Né può seriamente obiettarsi che assumerebbe rilievo la distanza dal confine territoriale con altro Paese dell'Unione, sia tenuto conto della facilità con cui è oggi possibile effettuare ogni dove investimenti finanziari e operativi, sia tenuto conto della circostanza che l'area in questione è ubicata all'interno di un porto di primaria importanza nazionale ed internazionale.

Quanto alla scarsità della risorsa, è noto che la Commissione Europea ha già avviato la procedura di infrazione a carico dello Stato italiano in relazione alla disciplina di cui all'art. 1, commi 692 e 683, della legge n. 145/2018, osservando, tra l'altro, quanto segue: a) "la normativa italiana, oltre ad essere incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, crea incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggia gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane"; b) "gli Stati membri sono tenuti a garantire che le autorizzazioni, il cui numero è limitato per via della scarsità delle risorse naturali (ad esempio le spiagge), siano rilasciate per un periodo limitato e mediante una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su

criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi”; c) “l’obiettivo è fornire a tutti i prestatori di servizi interessati, attuali e futuri, la possibilità di competere per l’accesso a tali risorse limitate”; d) la proroga automatica delle concessioni per altri quindici anni vieta “alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l’assegnazione di concessioni che altrimenti sarebbero scadute”, in violazione del diritto dell’Unione.

Non appare, pertanto, condivisibile la tesi secondo cui altri operatori potrebbero ottenere altrove una concessione demaniale di analogo contenuto, in quanto tale interpretazione del concetto di “scarsità della risorsa” determinerebbe la sostanziale elusione della disciplina europea, che, invece, mira a consentire l’affidamento non concorrenziale nei soli casi in cui non risulti obiettivamente superfluo esperire la procedura selettiva perché la concessione si riferisce a un bene, per natura o caratteristiche, tendenzialmente illimitato.

La disciplina sopravvenuta (art. 182 del decreto legge n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 e art. 100 del decreto legge n. 104/2020) indicata dalla ricorrente appare, poi, del tutto ininfluyente per quanto attiene alla decisione del caso in esame.

Il citato art. 182, infatti, si limita a confermare quanto già stabilito dall’art. 1, commi 682 e seguenti della legge n. 145/2020, oltre che ad introdurre il divieto di “avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l’uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all’articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l’assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Il citato art. 100, primo comma, invece, si limita a stabilire che le disposizioni di cui al menzionato art. 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n.

145, “si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro CONI di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione”.

Occorre, infine, osservare che le circostanze che nel provvedimento di diniego sia stato erroneamente affermato che la ricorrente non aveva presentato le proprie deduzioni o che non sia stato acquisito l'avviso del Comitato di Gestione risultano irrilevanti, in quanto, ai sensi dell'art. 21-octies, secondo comma, della legge n. 241/1990, è emerso in giudizio che l'atto non avrebbe potuto avere un diverso contenuto dispositivo.

Per le considerazioni che precedono il ricorso va rigettato, mentre, tenuto conto della relativa novità della questione, le spese di lite devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo rigetta e compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Giuseppa Leggio, Consigliere

Diego Spampinato, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO