

Publicato il 24/05/2018

N. 00742/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01430/2017 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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1430 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da s.p.a. Porto di Carrara in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli, Roberto Righi e Alberto Massimo Rossi, con domicilio eletto presso i primi due in Firenze, via La Marmora 14;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in persona del Ministro in carica; l'Agenzia del Demanio e l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale - Marina di Carrara in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso la quale sono domiciliati in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti

Grandi Lavori Fincosit s.p.a. e Nuova Cantieri Apuania s.p.a. in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituite in giudizio;

Dario Perioli s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Munari, Andrea Bergamino e Gianni Taddei, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Firenze, viale Spartaco Lavagnini 15;
Costa Crociere s.p.a. in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Damonte e Fabio Colzi, con domicilio eletto presso il secondo in Firenze, via San Gallo 76;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo e i secondi motivi aggiunti presentati il 12\12\2017:

- della decisione del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale, n. prot. 12419 del 10 ottobre 2017, con la quale è stata respinta la richiesta di rinnovo per un quadriennio della concessione demaniale per licenza n. 27/2016 di cui è titolare la ricorrente, avente scadenza il 31 dicembre 2017, relativa alla banchina Taliercio del Porto di Marina di Carrara;

con il primo atto per motivi aggiunti presentato il 23\11\2017:

- della comunicazione n. prot. 14576 del 10 novembre 2017 con la quale il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale ha asseritamente inteso integrare ex post la motivazione del diniego di rinnovo della concessione demaniale per licenza n. 27/2016.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dell'Agenzia del Demanio, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale - Marina di Carrara, di Dario Perioli s.p.a. e di Costa Crociere s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2018 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'impresa s.p.a. Porto di Carrara ha sottoscritto con l'Autorità Portuale di Marina di Carrara, in data 29 agosto 2016, un accordo sostitutivo dell'autorizzazione all'esercizio di operatori portuali per conto terzi e della concessione demaniale di banchine portuali nel porto di Marina di Carrara, accordo che ha dato luogo alla concessione demaniale 18/2016 con cui le è stato attribuito per un ventennio, decorrente dal 1° settembre 2016, un compendio di aree portuali. Contestualmente è stata autorizzata ad esercitare le operazioni portuali.

Successivamente, con la "licenza di concessione demaniale" 22 dicembre 2016, n. 27, ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 - Approvazione del regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione, il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale nel frattempo subentrata all'Autorità Portuale di Marina di Carrara, le ha concesso per l'anno 2017 di utilizzare in via esclusiva anche un'area scoperta di mq 34.193,14 costituita dalle aree terrestri della banchina Taliercio. L'impresa ne ha chiesto il rinnovo con istanza 14 settembre 2017 per un ulteriore quadriennio, ma con atto del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale (nel seguito: "Autorità") n. prot. 12419 del 10 ottobre 2017 la richiesta è stata respinta. Il diniego è stato motivato con la prevalente esigenza "di procedere ad individuare operatori economici mediante l'espletamento di pubblica gara" ed è stato impugnato con il presente ricorso, notificato il 9 novembre 2017 e depositato il 10 novembre 2017, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Con motivi aggiunti notificati il 21 novembre 2017 e depositati il 23 novembre 2017 l'impugnazione è stata estesa alla comunicazione del Presidente dell'Autorità n. prot. 14576 del 10 novembre 2017.

Si sono costituite l'Avvocatura dello Stato per l'Autorità, l'Agenzia del Demanio e il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, nonché le imprese controinteressate Dario Perioli s.p.a. e Costa Crociere s.p.a. chiedendo l'inammissibilità e, comunque, la reiezione del ricorso nel merito.

Con ordinanza 5 dicembre 2017, n. 723, confermata in sede di appello con ordinanza del Consiglio di Stato 18 gennaio 2018, n. 147, è stata respinta la domanda cautelare.

2. Con secondo atto per motivi aggiunti, notificato in data 11 dicembre 2017 e depositato il 12 dicembre 2017, la ricorrente ha proposto ulteriori censure avverso il provvedimento impugnato in via principale, ovvero la decisione del Presidente dell'Autorità n. prot. 12419 del 10 ottobre 2017 con la quale è stata respinta la sua richiesta di rinnovare per un quadriennio la concessione demaniale n. 27/2016, avente scadenza con il 31 dicembre 2017.

3. Il Consiglio di Stato aveva inizialmente accolto la domanda cautelare della ricorrente con decreto presidenziale n. 5577/2017, sicché la ricorrente ha presentato un'istanza per il rilascio di una proroga con effetti interinali della licenza n. 27/2016 che l'Autorità ha rilasciato il 28 dicembre 2017, per la durata di quattro mesi, con la condizione che “la presente licenza non può costituire pregiudizio e/o riconoscimento alcuno a detrimento delle difese declinate dalle parti (concedente e concessionario) nelle varie sedi giudiziarie e non ha portata novativa rispetto al contenuto dell'accordo sostitutivo”.

Il 26 gennaio 2018 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, e il 16 febbraio 2018 sul sito dell'Autorità, “l'avviso per la selezione con procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento in concessione ex art. 18 della legge 28/01/94 e s.m.i. di un'area demaniale marittima costituita dalle opere infrastrutturali di parte della banchina Chiesa e parte della banchina Taliercio nel porto di Marina di Carrara, per un periodo di anni dieci naturali e consecutivi”, cui la ricorrente ha partecipato apponendo riserva con riferimento al giudizio in corso.

All'udienza del 9 maggio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La controversia in esame ruota attorno al mancato rinnovo a favore della ricorrente della concessione per l'utilizzo di una banchina portuale nel porto di Marina di Carrara.

1.1 Con il ricorso principale è impugnato l'atto di diniego espresso dall'Autorità.

Con primo motivo la ricorrente lamenta che non è stato chiesto il parere obbligatorio del Comitato di gestione portuale.

Con secondo motivo si duole che non sia stato inoltrato il preavviso di rigetto.

Con terzo motivo lamenta incompetenza poiché ai sensi dell'articolo 6 bis della legge 28 gennaio 1994, n. 84, competente a rilasciare la concessione sarebbe il Segretario Generale preposto al porto di Carrara, già sede della precedente Autorità portuale.

Con quarto motivo deduce che il diniego avrebbe carattere soppresorio perché rinvia l'esercizio dell'attività amministrativa ad un accadimento futuro che è semplicemente ipotizzato, e richiamerebbe atti amministrativi non ancora approvati.

Deduce che la pubblicità e la trasparenza nell'assegnazione della licenza sarebbero comunque garantiti dalla procedura di cui all'articolo 18 del Regolamento attuativo del codice della navigazione, mentre l'Autorità ha rinviato l'affidamento ad un non meglio precisato bando di gara per servizi portuali, anche di carattere crocieristico, che al momento non esiste, né alcuna previsione nel vigente P.O.T. 2014/2016 prevederebbe l'utilizzo crocieristico per la banchina Taliercio.

L'interesse al rinnovo assume secondo la ricorrente carattere qualificato e differenziato, in quanto tendente a conservare l'utilità già conseguita con l'accordo sostitutivo del 29 agosto 2016 e attuato poi con la licenza n. 27/2016. Le valutazioni circa la compatibilità della sua presenza sulla banchina Taliercio con l'interesse pubblico allo sviluppo del traffico merci nel porto di Marina di Carrara di cui al P.O.T. 2014-2016 sarebbero già state svolte, a monte, proprio in tale accordo

rispetto al quale la “rivalutazione” dell’Autorità si porrebbe come una forma implicita di recesso in parte qua ed integrerebbe lesione del principio del legittimo affidamento.

1.2 Con il primo atto per motivi aggiunti la ricorrente impugna la comunicazione del Presidente dell’Autorità n. prot. 14576 del 10 novembre 2017, lamentando che essa confermerebbe la mancata acquisizione del parere obbligatorio del Comitato di gestione e che dalla stessa avrebbe appreso, che nelle more della presentazione della sua istanza di rinnovo vi sono state altre tre manifestazioni di interesse relative alla medesima banchina. Proprio per questo, a suo dire, non si sarebbe dovuto procedere a un diniego di carattere soppresorio e se l’Autorità avesse proceduto in tal senso, le manifestazioni suddette avrebbero dovuto essere dichiarate irricevibili per contrasto con il vigente Piano Regolatore Portuale di Marina di Carrara.

1.3 Con secondo atto per motivi aggiunti la ricorrente deduce ulteriori motivi avverso il diniego di rinnovo della concessione, lamentando che l’Autorità non avrebbe considerato la situazione fattuale della banchina Taliercio nè avrebbe considerato l’esistenza di altri atti concessori che dovevano orientare l’uso della stessa, precisamente le concessioni demaniali nn. 1/2007 e 48/2009. Lamenta inoltre che l’Autorità avrebbe disapplicato la disciplina vigente in materia di concessioni demaniali facendo invece un’illegittima applicazione di principi che ha inteso ricavare dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1.4 La difesa erariale eccepisce incompetenza territoriale a favore del T.A.R. della Liguria e carenza di interesse poiché la ricorrente ha presentato un’istanza di “rinnovo” che, nella sostanza, si atteggia come una richiesta di rilascio di una nuova concessione in tutto identica a quella in scadenza. In base alla normativa nazionale e comunitaria non è più ammessa nè la proroga della concessione né la sua assegnazione al precedente concessionario in base al “diritto di insistenza”. Replica che la risposta dell’Autorità all’istanza di rinnovo inoltrata dalla ricorrente sarebbe

un atto di cortesia in cui si rappresenta che l'Ente è in procinto di pubblicare un bando di gara per la scelta del concessionario avendo deciso, nell'ambito delle sue competenze, che la migliore valorizzazione dei beni portuali richiede un rideterminazione del rapporto concessorio sia per quanto attiene alla definizione del suo contenuto (che sarà reso più coerente con le scelte di governance del nuovo Ente portuale), sia per quanto riguarda la scelta del concessionario. Si tratta di una determinazione riservata all'Autorità riguardo alla quale il titolare della concessione scaduta (o in scadenza) non potrebbe vantare alcuna posizione giuridica differenziata di diritto soggettivo, aspettativa od interesse legittimo, se non un generico interesse, condiviso con gli altri operatori economici, a presentare l'offerta con i requisiti richiesti dal bando che sarà prossimamente pubblicato. La scelta di indire una procedura di gara escluderebbe l'esistenza di un obbligo, in capo all'Ente Portuale, di avviare un procedimento ed un'istruttoria finalizzati alla proroga o al rinnovo della concessione annuale.

Nel merito, replica alle deduzioni della ricorrente.

1.5 La controinteressata Dario Perioli s.p.a. eccepisce inammissibilità per carenza di interesse poiché la possibilità della ricorrente di vedersi riconoscere la concessione della banchina Taliercio non risulta compromessa dal provvedimento impugnato e sarebbe del tutto sovrapponibile a quella delle altre imprese controinteressate, o di qualunque altro soggetto interessato a occupare l'area demaniale in questione. Anche nel caso di annullamento nel merito del provvedimento non deriverebbe alcuna utilità o vantaggio in capo alla ricorrente, il cui titolo demaniale sulla banchina Taliercio è destinato a scadere dopo il 31 dicembre 2017.

Eccepisce inoltre improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse avendo la ricorrente partecipato alla procedura di gara dimostrando acquiescenza alle disposizioni della legge speciale della stessa.

1.6 Costa Crociere s.p.a. replica che la posizione azionata dalla ricorrente sarebbe qualificabile, a tutti gli effetti, come un diritto di insistenza sull'area detenuta in concessione, il quale non può più trovare tutela nell'attuale ordinamento stante l'abrogazione dell'originario art. 37, comma 2, del R.d. 30 marzo 1942, n. 327 - Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione, nella parte in cui riconosceva preferenza alle precedenti concessioni già rilasciate in sede di rinnovo, rispetto alle nuove istanze presentate. Eccepisce che tanto la pubblicazione dell'istanza proposta dalla ricorrente quanto la procedura ad evidenza pubblica, ferma restando la discrezionalità dell'Ente nella scelta tra le due procedure, non le garantirebbero la sicura assegnazione dell'area.

Eccepisce inoltre improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse avendo la ricorrente partecipato alla procedura di gara dimostrando acquiescenza alle disposizioni della legge speciale della stessa.

2. In via preliminare deve essere respinta l'eccezione di incompetenza territoriale. A tal fine è sufficiente richiamare la lettura del primo comma dell'articolo 13 del codice del processo amministrativo, che al primo periodo pone quale criterio di competenza territoriale inderogabile quello della sede della autorità che ha emesso il provvedimento (o che ha stipulato l'accordo o posto in essere il comportamento rilevante giuridicamente), e al periodo successivo afferma che "il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede". In tal modo il codice pone quale criterio primario quello dell'efficacia dell'atto, nel senso che laddove un provvedimento emesso da un'autorità amministrativa ultraregionale sia destinato a produrre effetti nell'ambito di una sola regione, dovrà essere conosciuto dal tribunale competente per la stessa. Il principio è stato affermato con sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di

Stato 4 febbraio 2013, n. 3, secondo la quale in tema di competenza territoriale inderogabile del giudice amministrativo il criterio della sede dell'autorità che ha emesso l'atto impugnato è sostituito da quello dell'efficacia spaziale, qualora questa si produca in un solo ambito territoriale regionale.

Nel caso di specie è incontestato che i provvedimenti impugnati siano destinati a spiegare efficacia unicamente nell'ambito regionale della Toscana, e precisamente nel porto di Marina di Carrara, con conseguente devoluzione della controversia alla competenza territoriale di questo Tribunale Amministrativo Regionale.

3. La trattazione del ricorso deve principiarsi dalle questioni di rito e, a tal fine, occorre correttamente qualificare l'interesse azionato dalla ricorrente. Essa è operatrice del settore e, pertanto, nessun dubbio sussiste in ordine al suo interesse ad ottenere la concessione delle banchine demaniale, tanto più che essa era già concessionaria, seppure per un anno soltanto, della banchina Taliercio di cui si tratta e per la quale ha chiesto il rinnovo del provvedimento ampliativo, per un periodo di ulteriori quattro anni.

L'Autorità, con l'atto impugnato mediante ricorso principale che è stato confermato dalla successiva nota 10 novembre 2017, oggetto del primo atto per motivi aggiunti, ha negato il rinnovo poiché intenzionata ad espletare una gara pubblica per l'individuazione degli operatori concessionari.

L'interesse al ricorso si compone di due elementi: da un lato una lesione attuale nelle posizioni giuridiche del ricorrente; dall'altro l'utilità che quest'ultimo può ricavare dall'accoglimento del gravame proposto. Se indubbiamente il diniego alla richiesta di rinnovo della concessione rappresenta atto lesivo, nel caso in esame non sussiste l'ulteriore elemento ovvero l'utilità ricavabile con l'accoglimento del presente ricorso. La ricorrente infatti non intende ottenere una concessione senza gara e anzi, si preoccupa di ricordare che anche ove fosse dato corso alla sua richiesta, la pubblicizzazione della procedura ben avrebbe potuto essere realizzata nell'ambito

del procedimento ad istanza di parte ex artt. 36 e 37 del Codice della Navigazione e 8 del d.P.R. 328/1952. Non si comprende, allora, quale utilità la ricorrente potrebbe ricavare dall'accoglimento del ricorso, se non quella di partecipare ad una procedura egualmente pubblica al pari di quella che l'Autorità preannunciava (e che poi ha effettivamente posto in essere) nei provvedimenti impugnati.

Si aggiunge che l'individuazione concreta della procedura da attuare per individuare il concessionario, nel rispetto dei principi fondamentali di pubblicità e trasparenza (che non sono in discussione con riferimento ai provvedimenti impugnati) rientra in scelte di merito dell'Amministrazione, una volta rispettate le norme che disciplinano la materia. La sentenza del Consiglio di Stato sez. V, 16 febbraio 2017 n. 688, citata dalla ricorrente, se afferma che “non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento della concessione nelle forme tipiche delle procedura ad evidenza pubblica previste per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione”, non ne fa però divieto e statuisce anche che nella materia in trattazione va garantito “un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza”. La procedura di evidenza pubblica adottata dall'Autorità resistente garantisce appieno questi valori e sotto questo profilo, il gravame appare inammissibile anche per difetto di legittimazione poiché la ricorrente, sancendo che la normativa in materia di contrattualistica pubblica non sarebbe applicabile all'affidamento delle concessioni demaniali, fa valere un interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa che appartiene all'area del mero fatto, essendo inerente al *quivis de populo* e non ad una posizione differenziata e qualificata normativamente.

Il ricorso quindi si palesa inammissibile per carenza di interesse, in quanto l'utilità che la ricorrente potrebbe trarre dal suo accoglimento è unicamente la partecipazione ad una procedura egualmente pubblica, regolamentata da disposizioni diverse da quelle invocate dall'Autorità. Si tratta, pur sempre, di

un'utilità consistente nella partecipazione ad una procedura volte al conseguimento di un determinato bene della vita, un'utilità, in altri termini, di carattere strumentale e dello stesso tenore di quella ricavabile con l'esecuzione dei provvedimenti impugnati. L'accoglimento del ricorso, infatti, non consentirebbe comunque alla ricorrente di ottenere il bene della vita in discussione consistente nella concessione della banchina *de qua*; solo determinerebbe una diversa regolamentazione della procedura, egualmente pubblica e trasparente al pari di quanto preannunciato nella nota dell'Autorità *principaliter* impugnata.

Il ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile.

Si aggiunge, per scrupolo di completezza, che esso appare anche infondato nel merito posto che la tesi della ricorrente, secondo la quale detto provvedimento avrebbe carattere soprassessorio, viene smentita *per tabulas* dall'avvenuta pubblicazione del bando di gara cui essa stessa ha partecipato.

Le spese processuali vengono tuttavia compensate tra le parti in ragione della novità e della complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Cacciari

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO