

Pubblicato il 27/04/2017

N. 00959/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01223/2016 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1223 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Villa Olmo Lido s.n.c. di Locatelli Maurizio e Porta Giorgio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Patelli e Ruggero Tumbiolo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Demurtas in Milano, via Aldo Lusardi, 7;

contro

Comune di Como, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonietta Marciano e Chiara Piatti, domiciliato ex lege presso la segreteria del Tribunale, in Milano, via Corridoni, n. 39;

nei confronti di

S.S.D. Sport Management s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Davide De Vivo, domiciliata ex lege presso la segreteria del Tribunale, in Milano, via Corridoni, n. 39;

Cafè Fleurs s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso principale,

del provvedimento del direttore del settore patrimonio e demanio del Comune di Como n. 24579 del 12 maggio 2016, pervenuto il 16 maggio 2016, con il quale è stata rigettata l'istanza prot/cent. N 0014655 del 21 marzo 2016 presentata da Villa Olmo Lido s.n.c. di Locatelli Maurizio e Porta

Giorgio, avente ad oggetto la richiesta di non procedere con la pubblicazione del bando per l'assegnazione in concessione dell'area detenuta dalla società ricorrente; nonché avverso ogni atto presupposto, consequenziale e comunque connesso al suddetto atto (ancorché non conosciuto) e, in particolare, del preavviso di diniego del direttore del settore patrimonio e demanio del Comune di Como n. 17549 del 5 aprile 2016;

quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 13.10.2016:

dell'avviso d'asta "per l'affidamento in concessione d'uso del compendio immobiliare denominato "Lido di Villa Olmo" sito in via per Cernobbio n. 2 per la gestione di uno stabilimento balneare con annesso bar", pubblicato all'Albo Pretorio del Comune di Como in data 22 settembre 2016; nonché di ogni atto presupposto, consequenziale e comunque connesso al suddetto atto (ancorché non conosciuto) e, in particolare, della determinazione n. 1788 Reg Gen del 13 settembre 2016 del dirigente del settore patrimonio e demanio del Comune di Como, avente ad oggetto "Approvazione avviso d'asta per l'affidamento in concessione d'uso del compendio immobiliare denominato "Lido di Villa Olmo" sito in via per Cernobbio n. 2 per la gestione di uno stabilimento balneare con annesso bar impegno di spesa euro 1.500,00", pubblicata all'Albo Pretorio del Comune di Como in data 22 settembre 2016, e dell'indirizzo operativo della Giunta comunale in data 25 novembre 2015 (non conosciuto), richiamato nelle premesse dell'avviso d'asta;

quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 28.12.2016:

del verbale di asta pubblica in data 15.12.2016, nella parte in cui la commissione giudicatrice, costituita con provvedimento del 13.12.2016 del Direttore del Settore Patrimonio e Demanio del Comune di Como, ha omesso di escludere dall'asta le offerte presentate da Sport Management S.p.A. - Società sportiva dilettantistica, e da Cafè Fleurs S.r.l. e ha aggiudicato in via provvisoria la concessione d'uso a Sport Management S.p.A. - Società sportiva dilettantistica;

nonché di ogni atto presupposto, consequenziale e comunque connesso ai suddetti atti, ancorché non conosciuto, e le note in data 25.10.2016, 18.11.2016 e 07.12.2016, con le quali il Direttore del Settore Patrimonio e Demanio del Comune di Como ha fornito chiarimenti in ordine alla procedura di gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Como e della S.S.D. Sport Management s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2017 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1 La Villa Olmo s.n.c. di Locatelli Maurizio e Porta Giorgio, con istanza del 21 marzo 2016, ha chiesto al Comune di Como di non procedere alla pubblicazione del bando per l'assegnazione in concessione del compendio immobiliare "Lido di Villa Olmo", invocando la proroga della concessione di cui era titolare sin dal giugno 1981, in conformità a quanto previsto dall'art. 1, c. 18, d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009, conv. in l. n. 25/2010 ed ai principi della certezza del diritto, del legittimo affidamento, di logica e di non contraddizione dell'azione amministrativa.

1.2 Con provvedimento prot. n. 24579 del 12 maggio 2016, l'amministrazione comunale ha rigettato l'istanza affermando che la norma invocata dalla Villa Olmo s.n.c. prevede la proroga delle concessioni in essere per i soli beni demaniali marittimi e lacuali (beni che ai sensi dell'art. 822 c.c. non possono che essere di proprietà dello Stato), categoria cui non appartiene il bene in questione in quanto lo stesso non è di proprietà dello Stato ma del Comune di Como.

2. Con il ricorso principale la Villa Olmo s.n.c. ha impugnato questo provvedimento ed il preavviso di rigetto del 5 aprile 2016, per questi motivi:

I. violazione e falsa applicazione dell'art. 1, c. 18, d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009, convertito in l. n. 25 del 26 febbraio 2010; eccesso di potere per difetto dei presupposti;

II. eccesso di potere per difetto dei presupposti; violazione del principio della certezza del diritto, del legittimo affidamento, di logica e non contraddizione.

3. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, la società ricorrente ha impugnato l'avviso d'asta per l'affidamento in concessione del compendio immobiliare "Lido di Villa Olmo", per la gestione di uno stabilimento balneare con annesso bar, pubblicato all'albo pretorio in data 22.9.2016, e la determinazione prot. n. 1788 del 13 settembre 2016, avente ad oggetto l'approvazione dell'avviso d'asta, riproponendo, avverso tali atti i due motivi oggetto del ricorso principale e articolando le seguenti ulteriori doglianze:

I. eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione; violazione del principio della certezza del diritto, del legittimo affidamento, di logica e non contraddizione

II. in via subordinata: eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione; illogicità e contraddittorietà.

4.1 Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il verbale di asta pubblica del 15 dicembre 2016, nella parte in cui ha omesso di escludere dall'asta le offerte presentate da Cafè Fleurs s.r.l. e Sport Management s.p.a. ed ha aggiudicato a quest'ultima, in via provvisoria, la concessione, oltre agli atti già impugnati con il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti e alle note del 25 ottobre 2016, del 18 novembre 2016 e del 7 dicembre 2016 con le quali il Comune di Como ha fornito chiarimenti in ordine alla procedura d'asta.

4.2 La ricorrente ha riproposto le censure formulate con il ricorso principale e con il primo ricorso per motivi aggiunti e, in via subordinata, ha dedotto il seguente ulteriore vizio: violazione del bando di gara; illogicità e contraddittorietà con riferimento alla mancata esclusione dalla gara della Sport Management s.p.a. e Cafè Fleurs s.r.l. e conseguente aggiudicazione della concessione a favore della prima.

4. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Como e la Sport Management s.p.a., chiedendo il rigetto nel merito del ricorso e dei motivi aggiunti.

5. All'udienza del 22 febbraio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6.1 Ad avviso della ricorrente, il contratto del 22 dicembre 1999 con cui il Comune di Como le ha concesso in locazione il compendio immobiliare denominato Lido di Villa Olmo - che, al di là del nomen iuris utilizzato sarebbe da qualificarsi quale concessione amministrativa - non sarebbe

scaduto al 31.12.2011, essendo stato prorogato sino al 31.12.2020, in forza di quanto previsto dall'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010.

Ciò, a suo avviso, renderebbe illegittima la determinazione comunale di rigettare l'istanza con cui aveva chiesto che non si procedesse con la pubblicazione del bando per l'assegnazione in concessione del compendio immobiliare.

6.2 In particolare, ha affermato la ricorrente, l'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009, pur se riferito letteralmente alle concessioni demaniali, dovrebbe applicarsi anche alle concessioni di beni del patrimonio indisponibile, quale è quello oggetto della presente controversia, in quanto:

- la necessità dell'introduzione di una disciplina transitoria nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni pubblici marittimi, lacuali e fluviali si porrebbe in modo identico sia con riferimento alle concessioni di beni demaniali sia con riferimento alle concessioni di beni del patrimonio indisponibile;
- come affermato dalla giurisprudenza, il regime giuridico applicabile ai beni del patrimonio indisponibile sarebbe sostanzialmente analogo a quello dei beni demaniali;
- l'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009 si riferirebbe letteralmente alle concessioni non solo di beni demaniali ma di un complesso variegato di beni, rientranti alcuni nel demanio necessario (come i beni demaniali marittimi), altri nel patrimonio indisponibile o disponibile degli enti territoriali (quelli destinati ad approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto); oggetto di proroga sarebbero le concessioni di beni lacuali e fluviali, senza distinzione circa l'appartenenza al demanio o al patrimonio disponibile o indisponibile;
- allo stato sarebbe in essere il vincolo decennale di non alienazione di cui all'art. 1, c. 434, l. n. 311/2004, richiamato dal contratto di compravendita del 29 marzo 2007, per cui il regime giuridico della spiaggia in questione sarebbe identico a quello di una spiaggia demaniale;
- il passaggio del lido dal demanio lacuale al patrimonio indisponibile del Comune sarebbe intervenuto nel marzo 2007, quindi nella vigenza di un rapporto concessorio sorto nel 1981, in scadenza al 31.12.2001 e prorogato per legge sino al 2020; l'acquisto da parte del Comune non potrebbe modificare il regime giuridico del rapporto concessorio a danno dell'affidamento del

concessionario, della garanzia dell'esercizio, dello sviluppo e della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti. Di ciò ne sarebbe conferma la previsione di cui all'art. 1, c. 434, l. n. 311/2004 che ha disposto che il trasferimento dei beni dal demanio dello Stato al patrimonio indisponibile dell'ente locale interviene "nello stato di fatto e di diritto" in cui il bene si trova;

- il bene in questione avrebbe tutte le caratteristiche fisiche proprie del demanio lacuale, trattandosi di uno stabilimento balneare che si estende sulla spiaggia contigua all'alveo del lago e come tale sarebbe strumentale al soddisfacimento delle esigenze di pubblico uso dello specchio lacustre;

- una diversa interpretazione della norma si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza.

6.3 Ad avviso della ricorrente, non rileverebbe, inoltre, quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 14 luglio 2016, ciò in quanto la decisione sarebbe intervenuta in una fattispecie diversa da quella qui in esame ed in quanto l'art. 24, c. 3 septies, d.l. n. 113/2016, introdotto a seguito della decisione della Corte di Giustizia con la legge di conversione n. 160 del 7 agosto 2016, ha stabilito che *"nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25"*.

La stessa Corte di Giustizia – ha affermato la ricorrente – avrebbe riconosciuto che il principio della certezza del diritto esige che la risoluzione di una concessione di servizi sia accompagnata da un periodo transitorio che consenta alle parti di sciogliere i rapporti contrattuali in essere a condizioni accettabili.

Ad avviso della ricorrente, dunque, il rapporto convenzionale sarebbe tuttora in essere, con conseguente illegittimità della decisione di mettere all'asta il bene e di aggiudicare la concessione alla controinteressata.

6.4 I provvedimenti impugnati, con il ricorso principale e con i motivi aggiunti, inciderebbero, inoltre, illegittimamente sul principio della tutela del legittimo affidamento della società quale emergerebbe dai seguenti elementi:

- il godimento, da parte della società, del bene in concessione dall'anno 1981 sino ad oggi, senza soluzione di continuità;
- la lettera del 4 maggio 2009, con cui il Comune di Como ha riconosciuto che la disdetta della concessione era stata inoltrata “ai soli fini della revisione delle condizioni contrattuali per il rinnovo medesimo”;
- la nota del 9 marzo 2012 con cui il Comune si è riservato di valutare la “sussistenza di motivi di diritto o di fatto meritevoli di essere considerati nell’ambito del procedimento di assegnazione”;
- il rinnovo della concessione dell’area demaniale lacuale antistante il lido di Villa Olmo per il mantenimento di tre pontili mobili, una passerella e un’area attracco natanti sino al 31 dicembre 2017, disposto con atto del 7 maggio 2009;
- la realizzazione, in forza di un permesso di costruire rilasciato dal Comune in data 26 agosto 2009, di un chiosco/bar con adeguamento igienico e sanitario della struttura.

7. Il Comune di Como, con le memorie depositate in giudizio, ha ribadito la legittimità del proprio provvedimento, sostenendo in particolare che:

- la previsione di cui all’art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009 troverebbe applicazione con riferimento alle sole concessioni di beni demaniali e non alle concessioni di beni patrimoniali indisponibili, quale è quella oggetto della presente controversia;
- questa interpretazione, oltre ad essere aderente al tenore letterale della disposizione, sarebbe anche più ragionevole in quanto conforme a quanto previsto dalla direttiva 2006/123/CE (art. 49) e a quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria;
- il compendio, facente parte del patrimonio indisponibile, sarebbe assimilabile più ai beni disponibili che ai beni demaniali in quanto, una volta decorso il vincolo decennale di non alienazione di cui all’art. 1, c. 434, l. n. 311/2004, diventerà alienabile;

- il compendio non sarebbe appartenuto al demanio lacuale dello Stato neanche antecedentemente alla sua cessione al Comune di Como, né avrebbe i requisiti propri del demanio lacuale;

- non sarebbe stato violato il principio del legittimo affidamento della società ricorrente in quanto: la concessione è scaduta il 31 dicembre 2011; dal 1° gennaio 2012 la ricorrente sarebbe occupante di fatto del compendio; sin da marzo 2012 l'amministrazione ha comunicato alla Villa Olmo s.n.c. la propria intenzione di attivare una procedura di evidenza pubblica, senza che la società avesse eccepito alcunché e nonostante la normativa oggi invocata fosse già in vigore.

8. Anche ad avviso della controinteressata, l'ambito di operatività dell'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009 sarebbe limitato alle sole concessioni di beni demaniali, come suggerirebbe il tenore letterale della norma e, dunque, non troverebbe applicazione nel caso di specie in cui si è al cospetto della concessione di un bene appartenente al patrimonio indisponibile del Comune.

9.1 Prima di esaminare le censure, occorre delineare il quadro normativo la cui applicazione al caso di specie è oggetto della presente controversia.

9.2 L'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009, come modificato dall'articolo 1, comma 1, della legge 26 febbraio 2010, n. 25, in sede di conversione e, successivamente, dall'articolo 34-duodecies, comma 1, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, dall'articolo 1, comma 547, della Legge 24 dicembre 2012, n. 228 e, da ultimo, dall'articolo 1, comma 291, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147, dispone che: *“ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, [che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto], 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 al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso”*.

9.3 La conformità al diritto comunitario di questa norma è stata oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, disposto con sentenza di questo Tribunale n. 2401/2014 e con ordinanza del Tar Sardegna n. 224/2015. La Corte, con sentenza del 14 luglio 2016, ha affermato che:

1) 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

sensu 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.

2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”.

9.4 A seguito della decisione della Corte di Giustizia, il legislatore italiano, con legge n. 160 del 7 agosto 2016, ha introdotto, in sede di conversione al d.l. n. 113/2016, all'art. 24, il comma 3 septies, ai sensi del quale: *“nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25”*.

10.1 Così delineato il quadro normativo, si può procedere con l'esame delle doglianze formulate dalla ricorrente.

10.2 Anche a volere condividere la linea interpretativa prospettata dalla ricorrente, secondo cui la proroga prevista all'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009 ed all'art. 24, c. 3 septies, d.l. n. 113/2016 debba trovare applicazione con riferimento alle concessioni non solo di beni demaniali ma anche di beni appartenenti al patrimonio indisponibile, queste norme devono essere disapplicate per contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza sopra richiamata.

Per costante giurisprudenza, al pari di regolamenti e direttive, anche le pronunce della Corte di Giustizia della Comunità europea hanno, difatti, efficacia diretta nell'ordinamento interno degli stati membri, vincolando sia le amministrazioni che i giudici nazionali alla disapplicazione delle norme interne con esse configgenti (Cfr. C. Cost., 19 aprile 1985, n. 113 che ha affermato l'immediata applicabilità delle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 16 maggio 2016, n. 139).

10.3 La presente controversia ha ad oggetto il contratto in forza del quale il Comune di Como ha attribuito alla ricorrente il diritto utilizzare il compendio denominato “lido di Villa Olmo”, appartenente al patrimonio indisponibile, quale lido e stabilimento balneare, dietro versamento di un canone periodico e senza alcun corrispettivo a carico dell'amministrazione.

Tale contratto presenta i caratteri della concessione, ai sensi del diritto dell'Unione, essendo il rischio d'impresa a carico della società Villa Olmo s.n.c.

La concessione rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 in quanto:

- deve essere qualificata quale autorizzazione, ai sensi delle disposizioni della direttiva, in quanto atto formale che il prestatore deve ottenere dall'autorità nazionale al fine di potere esercitare l'attività economica;
- il numero di autorizzazioni disponibili per l'attività in questione è indubbiamente limitato per via della scarsità delle risorse naturali, quali sono, in generale, le rive del lago di Como, suscettibili di sfruttamento economico solo in numero limitato, e quale è, in particolare, il compendio in questione, in considerazione delle sue peculiarità (in relazione alla sua ubicazione ed alla sua storia);

- la concessione d'uso del bene in questione non rientra nella categoria delle concessioni di servizi, escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2006/123 e rientranti in quello della direttiva 2014/23, per le ragioni affermate dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 14 luglio 2016 (punti 44-48) ed estensibili anche al caso di specie.

10.4 L'art. 12, c. 1, della direttiva 2006/123, dispone che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, il rilascio delle autorizzazioni deve essere soggetto ad una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

10.5 Come affermato dalla Corte di Giustizia ai punti 50 e ss. della sentenza sopra richiamata, “una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123.

Inoltre, la proroga automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo e lacuale non consente di organizzare una procedura di selezione come descritta al punto 49 della presente sentenza”.

La Corte ha poi affermato che, pur se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123 prevede espressamente che gli Stati membri possano tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale, “è previsto che si tenga conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva.

Pertanto l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva in questione non può essere interpretato nel senso che consente di giustificare una proroga automatica di autorizzazioni allorché, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni suddette, non è stata organizzata alcuna procedura di selezione ai sensi del paragrafo 1 di tale articolo”.

Inoltre, “una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione”.

La previsione di cui all'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009, come affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, contrasta quindi con l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123.

10.6 Un identico contrasto deve ritenersi sussistente con riferimento alla previsione di cui all'art. 24, c. 3 septies, d.l. n. 113/2016.

Con tale norma, il legislatore - nel prevedere la conservazione della validità dei rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25 “nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea” – ha, difatti, sostanzialmente reintrodotta un rinnovo automatico delle autorizzazioni concesse, oltretutto senza la previsione di un termine finale certo, che impedisce lo svolgimento di procedure comparative, eludendo così, al pari dell'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009, il dettato della direttiva 2006/123 e le indicazioni date dalla Corte di Giustizia.

10.7 Poiché le norme invocate dalla ricorrente si pongono in contrasto con il diritto comunitario, esse devono essere disapplicate. A ciò consegue la piena legittimità della decisione del Comune di Como di non considerare efficace la concessione in questione e di procedere alla pubblicazione del bando per l'assegnazione del compendio immobiliare.

11. I provvedimenti impugnati non possono, poi, ritenersi illegittimi per violazione del principio del legittimo affidamento.

Gli elementi indicati nel ricorso non sono, difatti, idonei a configurare una posizione di legittimo affidamento al rinnovo della concessione, in capo alla ricorrente in quanto:

- la circostanza che la società abbia goduto del bene in concessione dall'anno 1981 non può di per sé fondare la pretesa a che quella concessione sia nuovamente rinnovata;
- la concessione è scaduta il 31 dicembre 2011, come comunicato formalmente dal Comune con nota del 4 maggio 2009 (doc. n. 9 del Comune);
- pur se, con quest'ultima nota, l'amministrazione ha affermato di inoltrare la disdetta ai soli fini della revisione delle condizioni contrattuali per il rinnovo, a ciò non ha fatto seguire alcuna proposta di rinnovo né ha riscontrato la nota dell'agosto 2009, con cui la società aveva chiesto al Comune la programmazione di un rinnovo contrattuale a breve termine, in considerazione dell'impegno economico che avrebbe sostenuto per l'adeguamento dei servizi igienici per disabili e per il miglioramento del servizio di somministrazione;
- non assume alcun rilievo la circostanza che nel maggio 2009 sia stato disposto il rinnovo della concessione dell'area demaniale lacuale antistante il lido di Villa Olmo per il mantenimento di tre pontili mobili, una passerella e un'area attracco natanti sino al 31 dicembre 2017, trattandosi di un'area differente rispetto a quella oggetto della presente controversia;
- dopo la data del 31 dicembre 2011, l'area è stata occupata dalla ricorrente senza alcun titolo;
- sin dal mese di marzo 2012, l'amministrazione comunale ha comunicato alla ricorrente la propria intenzione di attivare una procedura di evidenza pubblica (doc. n. 11, 12 e 13 del Comune); né la generica affermazione secondo cui sarebbe stata valutata l' "eventuale sussistenza di motivi di diritto o di fatto meritevoli di essere considerati nell'ambito del procedimento di assegnazione", può avere di per sé ingenerato nel titolare dell'autorizzazione la legittima aspettativa ad un rinnovo della stessa.

L'investimento attuato con la realizzazione, in forza di un permesso di costruire rilasciato dal Comune in data 26 agosto 2009, di un chiosco/bar con adeguamento igienico e sanitario della struttura non è stato, pertanto, effettuato sulla base di una legittima aspettativa ad un rinnovo della concessione oltre il termine di scadenza del 31.12.2011.

La decisione di avviare una procedura di evidenza pubblica non è stata dunque presa in violazione del legittimo affidamento della ricorrente ad una proroga della concessione di cui la stessa era titolare.

12. La ricorrente ha dedotto, poi, l'illegittimità dell'avviso d'asta per avere ricompreso nella procedura la porzione di area demaniale dello stabilimento balneare, per la quale la società è titolare di una concessione per il mantenimento di tre pontili mobili, una passerella e un'area di attracco natanti, sino al 31 dicembre 2017.

Con riferimento a questa censura è cessata la materia del contendere in quanto il Comune, con nota del 25 ottobre 2016 e con provvedimento del 18 novembre 2016, ha chiarito che i pontili in

questione non sono oggetto della procedura di gara poiché oggetto di separata concessione demaniale ed ha rettificato l'errore contenuto nella documentazione fotografica allegata al bando.

13 La censura non merita, poi, accoglimento nella parte in cui viene dedotto che la concessione a terzi dell'uso della spiaggia impedirebbe il libero uso da parte della società ricorrente dell'area demaniale oggetto della concessione che scade al 31.12.2017.

La ricorrente si è limitata ad affermazioni generiche che non sono state supportate da alcuna prova che dimostri l'impossibilità di un utilizzo delle due differenti aree - quella dello stabilimento balneare, con annesso bar, oggetto dell'avviso d'asta e quella demaniale oggetto di concessione - da parte di due soggetti diversi.

In ogni caso, il Comune di Como, con il provvedimento del 18 novembre 2016, ha precisato che "sarà onere del concessionario del lido sopportare il passaggio degli utenti dei pontili".

La circostanza che nella *lex specialis* non siano chiarite le modalità con cui sarà garantito l'accesso all'area demaniale non ne inficia certamente la legittimità, fermo restando che, ove la prescrizione dettata dal Comune non dovesse essere rispettata, la concessionaria potrà agire a tutela del proprio diritto.

14. La ricorrente ha, infine, dedotto, in via subordinata, l'illegittimità, per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, dell'art. 9 dell'avviso d'asta nella parte in cui prevede, a pena di esclusione, tra i requisiti di partecipazione, "un'esperienza professionale di almeno tre anni nell'ambito della conduzione di impianti sportivi o di pubblici esercizi".

15. La censura è infondata.

Per costante giurisprudenza "le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella *lex specialis* parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità, fatti salvi i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali consentono il sindacato giurisdizionale sull'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto. In definitiva, in sede di predisposizione della *lex specialis* di gara d'appalto, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016 n. 2185; Cons. di St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008).

Nel caso di specie, la decisione dell'amministrazione di consentire la partecipazione alla gara a soggetti iscritti alla camera di commercio per "le specifiche attività oggetto di concessione" ed aventi un'esperienza professionale nella conduzione, in generale, di impianti sportivi o anche di pubblici esercizi, anziché ai soli soggetti aventi una specifica esperienza nella conduzione di stabilimenti balneari non può ritenersi viziata per manifesta illogicità né per contraddittorietà.

La scelta dell'amministrazione è, invero, adeguata in considerazione dell'oggetto della concessione (gestione di uno stabilimento balneare ed esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande), della tipologia di beni di cui è composto il compendio immobiliare (biglietteria, due piscine scoperte e solarium, cabine, guardaroba, docce, servizi igienici, locali deposito e sale macchine e dehor-bar) e delle destinazioni funzionali ammesse (ludico/ricreativo e bar nell'ambito del lido).

Le attività che dovranno essere svolte dal concessionario sono dunque plurime e riguardano l'attività di ristorazione, la gestione di impianti sportivi (le due piscine) e la gestione dello stabilimento balneare, attività, quest'ultima, che consta di prestazioni già ricomprese nelle prime due (come l'attività di assistenza ai bagnanti, richiamata dalla stessa ricorrente): ciò giustifica che il requisito di esperienza non sia limitato esclusivamente a quest'ultima attività.

Inoltre, consentire la partecipazione alla gara ai soli soggetti che hanno maturato la propria esperienza nella conduzione di stabilimenti balneari, e non al più ampio numero di gestori di impianti sportivi in genere, avrebbe, invece, ristretto eccessivamente ed ingiustificatamente la platea dei partecipanti, in netto contrasto con i principi del favor participationis e dell'apertura al mercato di settori dai quali finora sono rimasti esclusi tutti quegli operatori non affidatari di provvedimenti concessori rilasciati senza gara.

16. La ricorrente, in via ulteriormente subordinata, ha dedotto l'illegittimità degli atti impugnati con il secondo ricorso per motivi aggiunti per mancata esclusione dalla gara delle due società che la precedono in graduatoria.

In particolare, la Sport Management s.p.a. non disporrebbe del requisito previsto all'art. 9 dell'avviso d'asta della iscrizione alla competente camera di commercio per le specifiche attività oggetto della concessione, in quanto: nell'oggetto sociale della società, non figurerebbe la gestione di stabilimenti balneari ma l'esercizio di attività sportive; il codice ATECO 2007 della società corrisponderebbe all'attività di gestione piscine.

17. Anche questo motivo è infondato.

La clausola di cui all'art. 9 dell'avviso d'asta richiede, a pena di esclusione, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione alla competente camera di commercio "per le specifiche attività oggetto della presente concessione".

L'espressione "attività oggetto della concessione" deve essere interpretata tenendo in considerazione le complessive previsioni dell'avviso d'asta, in particolare, quelle che definiscono l'oggetto della convenzione (uso dell'immobile ai fini economici, sia per la gestione di uno stabilimento balneare sia per l'esercizio dell'attività accessoria di somministrazione di alimenti e bevande), la tipologia di beni facenti parte del complesso (biglietteria, due piscine scoperte e solarium, cabine, guardaroba, docce, servizi igienici, locali deposito e sale macchine e dehor-bar), le destinazioni funzionali ammesse (ludico/ricreativo e bar nell'ambito del lido) ed altresì il comma del medesimo articolo 9 che prevede, a pena di esclusione, l'ulteriore requisito dell' "esperienza professionale di almeno tre anni nell'ambito della conduzione di impianti sportivi o di pubblici esercizi".

Alla luce di ciò e di quanto affermato al punto 15, per "specifiche attività oggetto della concessione" non possono che intendersi l'attività di gestione di impianti sportivi e l'attività di somministrazione di alimenti e bevande.

Entrambe queste attività figurano tra quelle indicate nell'oggetto sociale della società controinteressata (esercizio attività sportive, formazione preparazione e gestione dell'attività del calcio e delle discipline natatorie, gestione di impianti sportivi, gestione di servizi di bar e ristorazione) (cfr. domanda di partecipazione, doc. n. 28 e 31 della ricorrente).

18. Stante la legittimità del provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore della Sport Management s.p.a., le censure formulate avverso la mancata esclusione della società Cafè Fleurs s.r.l. sono inammissibili per carenza di interesse: dal loro accoglimento la ricorrente non trarrebbe, invero, alcun vantaggio.

19. Per le ragioni esposte, il ricorso principale ed i motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

20. In considerazione dell'esito della controversia e stante il riconoscimento da parte dell'amministrazione comunale di un errore nella documentazione fotografica allegata al bando, le spese di giudizio sono compensate per un terzo; per i restanti due terzi sono poste a carico della ricorrente e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che quantifica, previa parziale compensazione, in euro 6.000,00 (seimila/00) – di cui 4.000 (quattromila/00) a favore del Comune di Como e 2.000,00 (duemila/00) a favore della Sport Management s.p.a. - oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE

Angelo De Zotti