

Publicato il 09/06/2021

N. 00422/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00603/2020 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 603 del 2020, proposto da STELLA MARINA Snc, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Azzena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Renato Margelli in Cagliari, via Besta 2;

contro

-COMUNE DI OLBIA – SUAPE - Settore Pianificazione e Gestione del Territorio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabrina Serusi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Melis in Cagliari, via Carbonia 10;

-CAPITANERIA DI PORTO DI OLBIA, MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, PROVVEDITORATO INTERREGIONALE OPERE PUBBLICHE LAZIO ABRUZZO SARDEGNA - CAGLIARI, AGENZIA DELLE DOGANE E DEI MONOPOLI - UFFICIO DELLE DOGANE DI SASSARI, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Cagliari, domiciliataria ex lege in Cagliari, via Dante, 23;

per l'annullamento previa sospensiva:

- della determinazione conclusiva negativa a seguito del procedimento unico SUAPE di Olbia nr. 391 del 6.7.2020 per L'ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA della determinazione n.323 del 17.6.2020 dello stesso Comune;

-del verbale della seduta Suape di Olbia del 6.7.2020;

-del parere positivo all'annullamento del PU 323 del 17.6.2020 espresso in tale seduta dall'Ing. Davide Molinari, Dirigente del Settore Pianificazione e Gestione del Territorio – Edilizia Privata del Comune di Olbia;

- del (ritenuto) parere positivo implicito all'annullamento del PU 323 del 17.6.2020, espresso dalle amministrazioni convocate a detta seduta del 6.7.2020, e non presentatesi, ossia :

a) Ufficio delle Dogane di Sassari; b) Ufficio Polizia Marittima e Contenzioso - Capitaneria di porto Olbia; c) Provveditorato Interregionale per le OO.PP. - Ufficio Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche - sede Coordinata di Cagliari;

-della nota dell'Ufficio Edilizia Privata del 22.6.2020, quale atto presupposto, inserita nel portale Suape in pari data, con la quale veniva chiesto l'indizione di nuova conferenza di servizi per l'annullamento del PU 323 del 17.6.2020;

-del provvedimento del responsabile SUAPE di Olbia, quale atto presupposto, di indizione della conferenza di servizi del 6.7.2020, pubblicato nell'albo pretorio del Comune di Olbia;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, anche ove non direttamente conosciuto;

- ove occorre possa, anche l'annullamento della delibera n.62 del 6.3.2020 della Giunta Comunale di Comune di Olbia “ Direttive generali per l'esercizio delle concessioni demaniali operanti per finalità turistico ricreative e il rilascio di autorizzazioni demaniali, per la stagione balneare 2020, nel territorio comunale”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Olbia, dell' Agenzia delle Dogane e dei Monopoli - Ufficio delle Dogane di Sassari, della Capitaneria di Porto di Olbia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Lazio Abruzzo Sardegna - Cagliari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2021 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti (da remoto ex regime processuale Covid) i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La dante causa della ricorrente era titolare della concessione demaniale, in area marittima, pluriennale per “*struttura di facile rimozione*” n.71 fin dal 5.8.2002, inizialmente rilasciata con determinazione n. 916 del 1.8.2002 del Direttore del Servizio Demanio e Patrimonio – Ass.to EE.LL. ed Urbanistica RAS al sig. Gusai P., per 6 anni, e, poi, volturata alla Stella Marina, mediante atto di subentro dell'Ufficio Demanio del Comune di Olbia nr. 1381 del 21.4.2016, fino al 31.12.2020, a seguito di proroghe intervenute nel 2008 e nel 2015.

Tale concessione ha ad oggetto un'area demaniale di 36 mq. in Comune di Olbia, Località le Saline (Via Isola Padron Fiaso snc) distinta in catasto al fg. 45, mappale 8.

In tale area veniva assentito il posizionamento di una struttura "chiosco" per somministrazione di alimenti e bevande, della superficie di mq. 36.

In collegamento a tale concessione, la ricorrente otteneva dal Comune, Ufficio Demanio (con Det. 293\2015 e successive, cfr. docc. 1, 2, 3, depositate dalla ricorrente), autorizzazioni all'occupazione del demanio marittimo per il posizionamento stagionale, anche, di una pedana (di 45 mq.) e di una tettoia ("freschiera" di 46 mq.), per l'ampiezza complessiva di 91 mq, quali pertinenze del chiosco.

Anche per la stagione estiva 2020 (come era avvenuto per il 2016 e 2017), la ricorrente ha presentato istanza per il posizionamento della tettoia e pedana nonché per la realizzazione e posizionamento di un nuovo bagno, per portatori di handicap.

In data 17.6.2020 la ricorrente ha ottenuto dal Suape del Comune di Olbia il provvedimento favorevole conclusivo denominato "*c.d.m. stagionale per posizionamento freschiera e realizzazione nuovo bagno ad uso portatori handicap a servizio chiosco*" (come da allegato progettuale).

La ricorrente provvedeva immediatamente al montaggio della tettoia, per dare tempestivo avvio all'attività della stagione estiva 2020 (analogamente a quanto era avvenuto per le annualità precedenti).

Successivamente il Servizio Edilizia Privata comunale, in data 22.6.2020, proponeva al Dirigente Suape l'indizione, ex artt. 21 *octies* e *nonies* della L. 241\1990, di una nuova Conferenza di servizi al fine di disporre l'annullamento del provvedimento conclusivo favorevole nr. 323 del 2020, che era stato emesso, asserendo che esso risultava in contrasto con la deliberazione n. 62, che era stata approvata dalla Giunta Comunale in data 6.3.2020, "*Direttive generali per l'esercizio delle concessioni demaniali operanti per finalità turistico ricreative e il rilascio di autorizzazioni demaniali, per la stagione balneare 2020, nel territorio comunale*".

Tale delibera, secondo il giudizio "*rinnovato*" dell'Ufficio Edilizia Privata, avrebbe prescritto che le eventuali modifiche alle concessioni in corso non avrebbero potuto comportare alcun "*aumento della superficie*" delle concessioni esistenti (in attesa del PUL).

Il SUAPE ha provveduto a disporre le convocazioni per la seduta del 6.7.2020; in tale data si teneva la Conferenza di servizi, in modalità sincrona e simultanea, avente quale oggetto l'annullamento del provvedimento unico che era stato adottato dalla stessa Conferenza, nella medesima composizione.

Il Servizio Edilizia Privata del Comune di Olbia, in questa seduta, insisteva per l'autotutela;

nessuno degli altri soggetti convocati si esprimeva (non comparivano l'Ufficio delle Dogane di Sassari; l'Ufficio Polizia Marittima e Contenzioso Capitaneria di Porto Olbia; il Provveditorato

Interregionale per le OO.PP. Ufficio Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche, sede Coordinata di Cagliari).

Il Responsabile Suape procedeva contestualmente, il 6 luglio 2020 (a tettoia già montata), all'annullamento del titolo concessorio, che era stato rilasciato il 17 giugno 2020.

A seguito di tale “*rinnovato*” quadro valutativo, negativo, la Capitaneria di Olbia eseguiva, in data 5.8.2020, il sequestro (poi convalidato l’ 8.5.2020), ai sensi del 231 cpp, della “*tettoia*”, che era stata posizionata dalla ricorrente, “con titolo” (successivamente auto-annullato).

Inoltre in data 11.9.2020, con atto nr. 60, il Servizio Prevenzione Abusi del Comune di Olbia dava comunicazione di avvio di procedimento amministrativo per l’accertamento dei possibili reati edilizi commessi dalla ricorrente.

Avverso il provvedimento di annullamento del titolo conseguito, assunto in autotutela, e contro tutti gli altri atti connessi, la società Stella Marina ha notificato ricorso, depositato il 22.10.2020, per ottenere il suo annullamento (con ripristino e riviviscenza del precedente titolo autorizzatorio), formulando le seguenti censure:

- 1) eccesso di potere, contraddittorietà, violazione e falsa applicazione delibera giunta comune di Olbia 62\2020. difetto di istruttoria, erronea motivazione, travisamento della situazione di fatto e di diritto, carenza dei presupposti;
- 2) eccesso di potere - contraddittorietà con verifica di conformità urbanistico edilizia 10.6.20 in ordine alla DUAP della ricorrente, perplessità, illogicità e parzialità dell’atto - violazione del principio di affidamento - insufficiente ed erronea motivazione;
- 3) violazione e falsa applicazione art. 97 cost. e art.21 *nonies* l.241\90. falsa e carente motivazione. violazione art. 1 l.241\90 - eccesso di potere - travisamento della situazione di fatto e di diritto - carenza dei presupposti;
- 4) illegittimità dell’atto presupposto delibera di giunta n.62\2020 - violazione dell’art.42 Tuel e degli artt. 13 e 31 dello statuto del comune di Olbia - incompetenza;
- 5) eccesso di potere - illogicità, parzialità e contraddittorietà dell’atto - carenza di motivazione - violazione art. 1 della L. 241\90 - violazione artt. 1, c. 4 e 8 regolamento dpr 503\96;
- 6) in riferimento al “silenzio” delle altre amministrazioni statali le censure sono state estese anche nei confronti di queste, qualora il comportamento omissivo/silente fosse da considerare favorevole all’annullamento del titolo originariamente rilasciato, che è stato oggetto del riesame da parte della seconda Conferenza, alla quale anche queste autorità sono state convocate, senza parteciparvi (il Responsabile Suape, nel verbale della CdS del 6.7.2020, ha ritenuto che dette amministrazioni, pur non esprimendosi, avrebbero condiviso la scelta dell’autotutela).

Si è costituito in giudizio il Comune di Olbia eccependo l’inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e sostenendo, comunque, l’infondatezza del ricorso nel merito.

Le amministrazioni statali non presenti alla Conferenza sono state convenute in giudizio, qualora la loro mancata partecipazione dovesse ritenersi effettivamente equivalente a diniego (pro autotutela), con rivalutazione e bocciatura del precedente provvedimento positivo.

Anche l’Avvocatura si è costituita in giudizio, per le Amministrazioni dello Stato, sostenendo che Capitaneria di Porto e Dogane avevano espresso, con la mancata comparsa in Conferenza di servizi, parere favorevole, per silenzio assenso, al mantenimento del titolo.

Alla Camera di consiglio dell'11 novembre 2020 parte ricorrente evidenziava l'interesse alla decisione cautelare, anche perchè era stato attivato un procedimento penale.

Dopo la discussione, la domanda è stata riunita al merito, in considerazione dell'intervenuta maturazione della stagione estiva (terminata il 30 ottobre 2020), con conseguente irrilevanza di concreti effetti di una, eventuale, decisione cautelare favorevole, sul piano amministrativo.

Sono seguite memorie, anche in replica, a sostegno delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 14 aprile 2021, a seguito discussione da remoto (regime processuale *Covid*),

la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

La concessione demaniale marittima (pluriennale), n. 2236 del 01.7.2008, che è stata successivamente rinnovata, aveva per oggetto l'area di 36 mq. per la collocazione di un chiosco bar ed era efficace fino 31 dicembre 2020.

Le opere pertinenziali oggetto di ricorso (pedana, tettoia e bagno disabili), ed oggetto della richiesta DUA, avrebbero dovuto costituire miglioramenti al chiosco preesistente.

La difesa dell'Amministrazione segnalava in giudizio, fin dalla fase cautelare, che era intendimento del Comune intervenire con una "proroga tecnica" della concessione anche per l'anno successivo, fino al 31.12.2021 (tale procedimento, al momento della trattazione della sospensiva, era ancora in corso e non si era perfezionato, nell'attesa che la società fornisse la richiesta documentazione).

Sotto il profilo dell'interesse va rilevato che questo permane, considerando che sussistono, in capo alla ricorrente, sia ragioni giudiziarie (essendo intervenuto sequestro penale della struttura pertinenziale, scaturito proprio dalla "sopraggiunta" mancanza del titolo, per effetto dell'annullamento), sia economiche (per l'eventuale risarcimento), entrambe correlate all'esito di questa controversia.

Essenzialmente l'eccezione del Comune (che ha prospettato la carenza di interesse) non può essere condivisa, in quanto:

-è stato avviato un procedimento di sequestro penale a causa dell'avvenuta realizzazione della tettoia, per carenza di titolo;

-è stato avviato dal Comune procedimento per abuso;

-dall'esercizio dell'autotutela possono conseguire, profili risarcitori, azionabili anche successivamente alla sentenza, e che la ricorrente prospetta in questo giudizio, riservandosi il futuro esercizio;

-pur trattandosi di provvedimento temporaneo l'interesse alla reiterazione stagionale, a parità di condizioni, assumeva significato.

Permanendo l'indubbio interesse, specie per evitare conseguenti sanzioni penali ed amministrative, il ricorso va esaminato nel merito.

La DUA è stata presentata per ottenere due distinti titoli:

§ il rinnovo della concessione esistente;

§ la realizzazione di una struttura precaria (tettoia con pedana) e di un bagno utilizzabile dai disabili, con occupazione di una superficie aggiuntiva, per la realizzazione dei progettati servizi (interventi pertinenziali) .

Con il provvedimento annullato è stata concessa l'occupazione di area demaniale supplementare (con l'utilizzo di un totale di 91 mq. di superficie), al fine di poter collocare la pedana e la tettoia smontabili .

La rimozione del titolo è stata assunta, in autotutela, in quanto la concessione, che era stata rilasciata, veniva ritenuta in contrasto con la deliberazione della Giunta comunale n. 62 del 6 marzo 2020.

La concessione annullata prevedeva l'area di occupazione, in parte a chiosco (a conferma della precedente, per 36 mq.), ed, in parte per la collocazione di una pedana (di 48 mq.), relativa tettoia e bagno disabili (di 6,5 m quadri), per un totale di 91 mq..

Il Comune sostiene che l'amministrazione avrebbe avuto un ripensamento rilevando la non conformità del provvedimento, precedentemente rilasciato, in considerazione del contenuto prescrittivo della delibera della giunta comunale del 6.3.2020.

L'impugnazione è fondata ed il gravame va accolto.

La DUA è stata proposta per ottenere due diversi titoli:

- a) il riposizionamento del chiosco, in attuazione della concessione pluriennale,
- b) il posizionamento della nuova tettoia e pedana, nonché la realizzazione del bagno disabili.

L'effettiva ragione dell'impugnata revoca è rinvenibile nel preteso contrasto della concessione inizialmente rilasciata con la delibera di Giunta del Comune di Olbia nr. 62 del 2020 (e non nella problematica, sollevata solo in giudizio, attinente la difforme/non veritiera dichiarazione che sarebbe stata compiuta nella DUA, in riferimento all'estensione della disponibilità dell'area).

Il Comune ritiene che (essendo l'originaria concessione della Stella Marina di soli 36 mq.) illegittimamente, con il provvedimento annullato, era stata concessa l'occupazione di ulteriore superficie di demanio, non ammissibile, sino a 91 mq.; e tale ampliamento sarebbe in contrasto con le direttive contenute nella delibera della Giunta comunale n. 62\2020.

Il provvedimento inizialmente concesso (e poi revocato) consentiva alla "Stella Marina" di poter posizionare un chiosco di 36 mq. ed una adiacente "freschiera" (o tettoia), con bagno per disabili, per una estensione totale di 91 mq.

Successivamente il provvedimento è stato revocato in autotutela (quando la tettoia era già stata, nelle more, posizionata), determinando, quale effetto, anche l'imposizione di sequestro penale per illegittimità "sopravvenuta" del titolo.

In assenza di autotutela (che, come verrà esaminato, è stata illegittimamente imposta) la ricorrente avrebbe potuto proseguire, anche nella stagione estiva 2020, nell' utilizzo di tale struttura pertinenziale (come era avvenuto in precedenza), oltre al chiosco di 36 mq. posizionato nell'area oggetto di concessione pluriennale (n. 2236 del 1.7.2008 successivamente rinnovata).

Il possesso della concessione era stata espressamente riportata nella domanda da parte della società Stella Marina.

La concessione pluriennale alla quale la società richiedente ha fatto riferimento è quella rilasciata nel 2008, poi prorogata fino al 31.12.2020 con la determina 266\2015 .

E la ricorrente ha, specificamente, dichiarato nella DUA (che ha poi portato al rilascio favorevole del titolo), quale fosse il progetto e l' utilizzo ulteriore dell' area di 91 mq..

L' amministrazione, nel revocare il titolo, non ha contestato asserite false dichiarazioni, ma ha ritenuto di esprimere un ripensamento per il ritenuto contrasto dell' istanza con la delibera GC n. 62\2020.

Ma la Relazione tecnica, allegata al progetto, chiariva che la domanda aveva ad oggetto: “...*Il posizionamento di un chiosco, su piattaforma in legno, di cui alla Conc. Dem. 2236 del 1.7.2008 e successivi rinnovi in corso di validità.*

*Con la presente si richiede anche il posizionamento, e la relativa concessione demaniale stagionale, per:*

*\* il posizionamento pedana in legno ....adiacente al chiosco ad uso freschiera ... La superficie è di mq.48;*

*\*il posizionamento sul retro del chiosco, di un bagno rimovibile ... ad uso persone con ridotte mobilità.... La superficie sarà di mq. 6.50”.*

Il testo è inequivoco.

Stella marina ha chiesto, quindi, con un' unica DUA, di poter posizionare il chiosco sulla concessione vigente (espressamente indicata) e, in aggiunta, la concessione demaniale per il posizionamento di opere pertinenziali ulteriori (le rappresentazioni grafiche allegate rappresentano il chiosco, il bagno e la tettoia).

L' ufficio tecnico del Comune ha revocato la concessione per ragioni non attinenti a presunte irregolarità delle dichiarazioni contenute nella DUA (il preteso ulteriore vizio non costituisce motivazione del provvedimento di revoca impugnato), ma per un asserito “illegittimo ampliamento di superfici” occupate.

Ma tale prospettazione non è condivisibile in quanto la delibera di Giunta comunale del 6 marzo 2020, che reca direttive generali per l' esercizio delle concessioni demaniali per la stagione estiva 2020, quando ha imposto la condizione dell' impossibilità di “*aumento di superficie*” prevede (cfr. pag. 8) anche la specifica eccezione (cioè una deroga) per il rilascio di concessione per “*pedane in legno, con o senza ombreggio, funzionalmente connesse a strutture di facile rimozione, servizi igienici, docce, ....*”.

Opere ritenute compatibili per la loro particolare natura di basso impatto, previo riscontro del nesso funzionale e pertinenziale.

In questo caso le opere proposte rientravano in questa deroga, che riteneva espressamente consentito l'incremento di superficie; a maggior ragione, il servizio aggiuntivo dedicato ai disabili era opera compatibile, stante l'interesse peculiare prevalente tutelato dal legislatore, al fine di agevolare la specifica utenza.

Dunque l'annullamento in autotutela impugnato non ha considerato che il provvedimento della GC n. 62/2020 contemplava espressamente la fondamentale eccezione, la quale legittimava il rilascio (ed il mantenimento) della concessione che era stata, oltretutto, già rilasciata alla ricorrente, con sua esecuzione.

La deroga consentiva, quindi, anche per la stagione estiva 2020, la realizzazione di pedane (anche con ombreggio) e di bagni in relazione alle concessioni pluriennali in essere, trattandosi di pertinenze di facile rimozione.

In continuità con quanto era stato concesso e ottenuto, nelle stagioni precedenti al 2020, per il posizionamento della (contestata) tettoia.

Si consideri che tale interpretazione era stata fatta propria dalla stessa Amministrazione con il rilascio iniziale della concessione, poi auto-annullata.

La rivisitazione dell'istruttoria ha determinato l'adozione di un provvedimento illegittimo, non coerente con la disciplina generale che era stata introdotta dalla stessa Giunta (direttiva 2020), con emanazione di due (opposti) provvedimenti in contrasto fra loro (assunti nel giugno e nel luglio 2020).

Oltretutto l'intervento in auto-annullamento richiede comunque (rispetto al diniego) un aggravio motivazionale (con supplemento di analisi) da parte dell'Amministrazione, che faccia affiorare elementi pregnanti di incompatibilità nella permanenza/conservazione del titolo rilasciato e della sua perdurante efficacia.

Nel caso di specie non sussistevano i presupposti normativi/regolamentari per intervenire in autotutela, non sussistendo i necessari profili, oggettivamente richiesti, di ripristino della legalità (in questo caso insussistenti).

Con lesione della posizione soggettiva del privato, sia a causa dell'erronea interpretazione del limite (ed in particolare dell'eccezione), posta dalle direttive comunali 2020, sia in relazione al principio dell'affidamento della società che era stata autorizzata all'esecuzione degli interventi.

In conclusione il provvedimento stagionale inizialmente concesso, per la collocazione della pedana, sovrastante tettoia e servizio, era coerente con le disposizioni comunali, in particolare con le direttive della GC 2020, in considerazione della natura e funzione delle opere, pertinentziali, specificamente ammesse.

Non sussistendo il contrasto, rilevato in sede di riesame in autotutela, il provvedimento impugnato di auto-annullamento, emesso dopo l'avvenuta parziale realizzazione delle opere (con montaggio della tettoia), è illegittimo e va annullato.

Il ricorso va quindi accolto con annullamento del provvedimento di autotutela assunto in secondo grado e degli atti presupposti indicati in epigrafe.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie con annullamento del provvedimento di autotutela e degli impugnati presupposti atti connessi.

Condanna il Comune al pagamento, in favore della ricorrente, di euro 2.000 (duemila), per onorari e spese del giudizio, oltre oneri di legge e rimborso del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Grazia Flaim

IL PRESIDENTE  
Francesco Scano

IL SEGRETARIO