

N. 00322/2015 REG.PROV.COLL.
N. 01691/2011 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1691 del 2011, proposto da:
D'Orazio & Petrelli s.n.c., in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dall'avv. Iacopo Sforzellini,
domiciliatario in Firenze, via Alessandro Manzoni 2;

contro

Comune di Isola del Giglio, in persona del Sindaco in carica,
rappresentato e difeso dagli avv. Matteo Pollastrini e Roberto Righi,
con domicilio eletto presso Roberto Righi in Firenze, via Lamarmora
14;

nei confronti di

Antonio Belardo, rappresentato e difeso dagli avv. Umberto Gulina,
Giovanni Gulina e Andrea Cuccurullo, con domicilio eletto presso
Andrea Cuccurullo in Firenze, lungarno A. Vespucci 20;

per l'annullamento

- del provvedimento adottato dal Comune di Isola del Giglio, Ufficio

del Demanio, il 31 maggio 2011 (prot. 4173), comunicato l'8 giugno 2011, con cui è stata respinta l'istanza presentata dalla ricorrente il 24.12.2010 e protocollata il 4.1.2011 al n. 83, di autorizzazione all'occupazione temporanea, nella stagione balneare 2011, per uso di spiaggia attrezzata, di una porzione di arenile della spiaggia in località "Le Cannelle", con fronte mare pari a ml. 62 per complessivi mq. 1135;

- del provvedimento adottato dal Comune di Isola del Giglio, Ufficio del Demanio, il 1 giugno 2011 (prot. 4195), con cui è stato autorizzato soltanto il signor Antonio Belardo all'occupazione temporanea stagionale, per uso di spiaggia attrezzata, di una porzione, con fronte mare pari a ml. 62 per complessivi mq. 1.105,00 circa, di arenile della spiaggia in località "Le Cannelle" in conformità agli elaborati dal medesimo presentati ed allegati al provvedimento in questione;

- della deliberazione della Giunta municipale del Comune di Isola del Giglio n. 47 del 18 maggio 2011;

- di tutti gli atti, i provvedimenti e le deliberazioni comunque presupposti, richiamati o meno nei provvedimenti sopracitati, e/o ad essi comunque connessi fra cui, in particolare, il provvedimento, ancorché incognito, con cui il Comune di Isola del Giglio ha rilasciato al signor Antonio Belardo la concessione pluriennale n. 4/2010 Rep. 299 per l'occupazione di uno spazio di mq. 30, sempre in località Le Cannelle, da adibire a deposito di attrezzature, nonché la concessione pluriennale 4/2010 medesima, nonché - per quanto occorrer possa - l'ordinanza sindacale n. 16 del 9 giugno 1988, il provvedimento prot. 3239 del 29 aprile 2011 rubricato "assegnazione spiaggia loc. Le Cannelle" di avvio del procedimento, l'ordinanza n.

17 del 26 maggio 2011 del Comune di Isola del Giglio inerente la disciplina delle attività balneari ed il verbale di comparazione del 30 maggio 2011 allegato al provvedimento 4173/2011 impugnato;

nonché per

il risarcimento dei danni derivanti dall'emanazione dei provvedimenti e degli atti impugnati e, più in generale, dall'illegittimo comportamento tenuto dalla p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Antonio Belardo e del Comune di Isola del Giglio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2015 la dott.ssa Rosalia Messina e uditi per le parti i difensori avvocati J. Michi, delegato da J. Sforzellini, L. Di Paola e F. Gesess, delegato da U. Gulina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con sentenza parziale n. 1115/2014 questa Sezione ha dichiarato illegittimi i provvedimenti con cui il Comune di Isola del Giglio ha respinto l'istanza della ditta ricorrente volta alla occupazione stagionale di un tratto di spiaggia per l'anno 2011, per esercitarvi un'attività di fornitura di servizi balneari, assegnando la relativa concessione al sig. Antonio Belardo sulla base di una comparazione delle due domande viziata da difetto di istruttoria e in conseguenza dalla applicazione di un requisito determinato dopo la presentazione delle manifestazioni di interesse.

Con la medesima sentenza, al fine di decidere sulla domanda risarcitoria, è stato nominato un c.t.u. per determinare l'utile che l'impresa ricorrente avrebbe potuto trarre se le fosse stato concesso il conteso tratto di arenile.

Il perito nominato dal Tribunale, il quale ha effettuato analogo accertamento con riguardo all'anno 2009 (ricorso n. R.G. 1282/2009, definito con sentenza n. 229/2015), ha operato i calcoli basandosi su quelli già effettuati per il 2009, applicando una proporzione che tiene conto dei metri quadrati di spiaggia oggetto di concessione nel 2011, quindi con esclusione di 30 mq destinati a deposito attrezzature.

Nel calcolo effettuato con la perizia relativa al 2009 si è tenuto conto, al fine di determinare l'utile ricavabile dall'attività in vista della quale la ditta ricorrente aspirava a diventare titolare della concessione, dei seguenti elementi: dei potenziali ricavi sulla base dei prezzi di locazione al pubblico di ombrelloni e lettini; di un periodo di locazione piena dell'impianto pari a 80 giorni per l'intera stagione, in modo da tener conto della percentuale di ombrelloni e lettini presumibilmente non locata, dei ricavi relativi alla locazione dei pedalò, dei costi del personale che potenzialmente addetto alla spiaggia, degli ammortamenti del materiale, dei costi professionali e di quelli fiscali.

La cifra indicata dal consulente come utile ritraibile dalla concessione del tratto di arenile per cui è controversia è di € 142.017,00; i consulenti di parte nulla hanno osservato, come pure nulla avevano osservato nella perizia attinente all'anno 2009.

Ciò premesso, preliminari alla quantificazione del danno appaiono le questioni da cui dipende la sussistenza nell'*an* dell'obbligazione risarcitoria, le quali attengono al duplice accertamento dell'elemento

soggettivo e della spettanza del bene della vita in termini pieni o di chance.

Quanto al primo presupposto, nel caso di specie risultano senza dubbio sussistenti tutti gli indici di colpevolezza che la giurisprudenza ritiene rilevanti al fine di addebitare il danno al comportamento illegittimo della p.a.

Il Comune di Isola del Giglio ha violato, infatti, regole basilari dei procedimenti comparativi che devono ritenersi note a tutti gli operatori professionali del settore.

Sul punto mette conto ricordare che la concessione è stata assegnata sulla base di un requisito (venti anni di operatività nel settore) stabilito dopo la presentazione delle manifestazioni di interesse, oltre che sulla scorta di motivazioni palesemente incongrue come quella di offrire opportunità lavorative ai residenti nel Comune di Isola del Giglio o come la preferenza accordata al soggetto che negli anni precedenti era stato assegnatario dell'arenile perché nessuna contestazione sarebbe stata mossa nei suoi confronti (quasi che il procedimento fosse volto al rinnovo della precedente concessione e non alla assegnazione *ex novo* della concessione per l'occupazione dell'arenile sulla base di una procedura comparativa).

Venendo all'esame del secondo presupposto, il Collegio intende rifarsi all'insegnamento secondo cui affinché la mera illegittimità del provvedimento si trasformi in illiceità rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. non occorre che sia lesa una situazione di piena spettanza del "bene finale", essendo risarcibile anche la perdita della chance di conseguire un risultato favorevole causata dalla violazione delle regole che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo.

Nel caso di specie, ritiene il Collegio che, per effetto del

comportamento dell'amministrazione, il ricorrente abbia perduto una chance giuridicamente rilevante di conseguire la assegnazione dell'arenile relativa alla stagione 2011.

A tale conclusione si perviene sia facendo applicazione del criterio meramente statistico di rilevazione della chance, che attribuisce a tutti i partecipanti a una gara illegittimamente aggiudicata la medesima probabilità di conseguire il risultato favorevole (T.A.R. Milano, I , 9 ottobre 2012, n. 2497; Consiglio di Stato, VI ,11 marzo 2010, n. 1443), sia applicando il più rigoroso criterio eziologico, che richiede una prova (anche solo presuntiva) della probabilità di conseguire la aggiudicazione sulla scorta delle caratteristiche concrete della offerta presentata (Cass. 3 marzo 2010, n. 5119).

Quest'ultimo metodo di determinazione della chance non può, ovviamente, comportare la sostituzione del giudice all'amministrazione nella formulazione di giudizi connotati da margini di opinabilità, essendo demandato all'organo giudicante solo l'accertamento relativo alla sussistenza di elementi che avrebbero potuto ragionevolmente, ancorché non certamente (attesa appunto l'opinabilità dei parametri tecnici di riferimento), determinare un risultato favorevole al ricorrente.

Nel caso di specie il progetto presentato dalla s.n.c. D'Orazio e Petrelli – che negli anni passati presentava più di una caratteristica che avrebbe potuto determinarne la preferibilità rispetto al progetto del controinteressato signor Belardo (si veda la sentenza n. 229/2015, relativa all'anno 2009) – nel 2011, a causa anche della cessazione dell'attività del bar ristorante in precedenza esercitata nell'area interessata, la caratteristica più significativa rimaneva quella dello spazio lasciato disponibile per la libera fruizione di una porzione

dell'arenile (di cui l'offerta concorrente prevedeva l'intera occupazione), ferma restando la messa a disposizione dei servizi igienici anche ai non paganti.

Pertanto, pur non potendo qualificarsi l'offerta della società ricorrente come destinata al sicuro conseguimento della concessione (altrimenti nemmeno si farebbe questione di chance), tuttavia l'indice presuntivo su indicato depone, in termini probabilistici, per la sussistenza di una chance qualificata di aggiudicazione della concessione e, perciò, anche di un pregiudizio economicamente valutabile connesso al mancato sfruttamento di tale favorevole opportunità.

Poiché sussiste un danno evento giuridicamente rilevante, il Collegio ritiene che la quantificazione della perdita patrimoniale che ne è conseguita possa essere operata attraverso il collaudato metodo della riduzione percentuale dell'utile che l'impresa avrebbe conseguito qualora si fosse resa assegnataria della concessione, riduzione che, nella specie, si ritiene debba essere pari al 60%, tenuto conto della mancanza di elementi di sicura prevalenza dell'offerta della ricorrente.

La D'Orazio e Petrelli s.n.c. contesta i calcoli del ctu nella parte in cui non si è tenuto conto dagli investimenti effettuati nel 2007 per l'acquisito di lettini ed ombrelloni mai utilizzati.

Ma tali costi, ad avviso del Collegio, non possono essere computati come danno emergente, sia perché si tratta di spese effettuate prima e indipendentemente dalla presentazione della domanda relativa alla concessione del tratto di arenile per l'anno 2011, sia perché è pacifico che le spese sostenute non possono costituire una ulteriore voce di danno che si aggiunge al lucro cessante (Consiglio di Stato, IV, 13

dicembre 2013 n. 6000).

Il risarcimento dovuto alla D'Orazio e Petrelli s.n.c. dal Comune di Isola del Giglio deve, pertanto, essere determinato nella somma di € 56.806,8 (40% dell'utile), maggiorata con la rivalutazione monetaria e gli interessi sul capitale via via rivalutato a far data dal 30 settembre 2011 (data finale della stagione balneare) fino a quella della presente sentenza, dopodiché sulla somma rivalutata fino a tale data decorreranno solo gli interessi legali fino al pagamento.

Le spese legali sono già state liquidate con la sentenza non definitiva.

Devono essere poste ulteriormente a carico del Comune di Isola del Giglio le spettanze di cui. Attesa la sostanziale identità delle questioni risolte con le perizie espletate nel presente giudizio e in quello definito con la più volte citata sentenza n. 226/2015, va riconosciuta al consulente dott. Roberto Vanni la somma pari a euro 500,00 già liquidata con la sentenza n. 1115 del 2014 ivi comprese le spese di viaggio di € 450,00 (quattrocentocinquanta/00), come da notula allegata dal consulente medesimo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così statuisce:

condanna il Comune di Isola del Giglio a risarcire alla società ricorrente il danno così come quantificato in motivazione;

condanna altresì l'amministrazione al pagamento delle somme dovute al consulente tecnico dott. Roberto Vanni, pure determinate in motivazione.

Dispone che la presente sentenza venga inviata a cura della Segreteria alla Procura presso la Corte dei conti della Regione

Toscana.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Rosalia Messina, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2015

IL SEGRETARIO

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