

ECC. MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA TOSCANA

Sez. II

C.C. 5 marzo 2019

MEMORIA

per il **Comune di Monte Argentario** (c.f. 00124360538), in persona del
Sindaco *pro tempore*, con l'Avv. Enrico Amante,
nel giudizio R.G. 186/2019 promosso da
Soc. Marina Cala Galera Circolo Nautico p.a. (c.f. 00098740533), con
gli avv.ti Prof. Giuseppe Morbidelli, Pasquale Frisina e Livia Lorenzoni.

* * *

FATTO

PREMESSA. IL THEMA DECIDENDUM E LE QUESTIONI ESSENZIALI

RILEVANTI.

Il *punctum* controverso attiene alla legittimità dell'atto di
autoannullamento assunto dal Comune di Monte Argentario rispetto al
pregresso provvedimento di rideterminazione della durata della concessione
demaniale del Porto di Cala Galera.

Ad avviso dei ricorrenti, del tutto legittimamente l'Ufficio – in
recepimento di pregressa istanza del concessionario – ha provveduto a
modificare in ottanta anni la durata della concessione demaniale del 1977,
originariamente stabilita in cinquanta; l'Ente convenuto, invece, ritiene che il
provvedimento di rideterminazione della durata temporale del titolo sia
stato assunto: *a*) in (macroscopica) violazione dei principi di *par condicio* e
concorrenzialità nell'assegnazione dei beni demaniali; *b*) in conseguenza di

errata imputazione dei costi sostenuti, nel tempo, dal concessionario.

I dati essenziali rilevanti, nell'ottica della trattazione della domanda cautelare, si rivelano i seguenti:

a) la concessione demaniale adottata in favore della Società ricorrente

nel 1977 giunge a scadenza naturale il **prossimo 18 giugno 2020** (cfr.

doc. 2 produzioni parte ricorrente);

b) solo a partire dal 2007 (doc. 1) il concessionario ha richiesto la proroga

del termine finale del titolo, in ragione degli investimenti effettuati

nel corso del rapporto;

c) a partire dal 2009, **anche altri operatori del settore hanno richiesto**

l'assegnazione in concessione del medesimo ambito portuale di

Cala Galera (doc. 2);

d) nel 2017, dopo un prolungato *iter* istruttorio **ed alcuni precedenti del**

Tribunale adito (favorevoli all'Amministrazione: Sez. III, sentenza 30

settembre 2009, n. 1488 e 30 gennaio 2012, n. 172), la ricorrente ha

qualificato l'istanza proposta nel 2007 non in termini di proroga del

rapporto, bensì di rettifica dell'originario termine, in quanto

asseritamente errato;

e) in un primo momento, l'Amministrazione comunale ha ritenuto di

accordare simile rettifica (doc. 3 produzioni parte ricorrente), così

pretermettendo ogni confronto concorrenziale nella determinazione

della nuova durata del rapporto, prorogato di **ulteriori trent'anni**

(sino al 2050);

f) pochi mesi dopo, e comunque entro l'arco temporale di efficacia

dell'originario titolo del 1977, nel contraddittorio con gli interessati, il

Comune di Monte Argentario ha ritenuto doveroso l'annullamento dell'atto di rettifica del 2017, in quanto manifestamente contrario ai canoni interni e comunitari in tema di necessario confronto concorrenziale nell'assegnazione (anche *sub specie* di proroga) dei beni demaniali e comunque errato nell'individuazione dei presupposti per la rettifica;

g) al contempo, **l'Amministrazione comunale ha disposto di procedere - in vista della prossima scadenza del rapporto in essere con la ricorrente (giugno 2020) - alla pubblicazione della domanda di proroga avanzata dalla Società concessionaria**, al fine di individuare il privato assegnatario del bene nel rispetto dei canoni statali ed eurounitari di pubblicità e concorrenza;

h) avverso tali determinazioni è insorta la concessionaria, assumendo l'illegittimo esercizio dei poteri di riesame, articolando anche richiesta di tutela cautelare, per i motivi di seguito partitamente esaminati (in diritto);

i) a sostegno dell'impugnativa sono intervenuti numerosi soggetti, sia quali azionisti della Società concessionaria (e quindi titolari di posti barca nel Porto di Cala Galera), sia quali portatori di asseriti interessi superindividuali (tal associazione Comitas).

All'esito del contenzioso è quindi condizionato l'esperimento delle procedure comparative per l'assegnazione del Porto di Cala Galera nel trentennio a venire.

*

Prima di esaminare le singole censure dedotte dai privati, è

opportuno dare (sia pur sintetico) conto delle vicende sin qui sommariamente richiamate.

1. IL TITOLO DEL 1977 E LA RICHIESTA DI PROROGA DEL TERMINE FINALE

PROPOSTA DALLA CONCESSIONARIA DEL 2007

La Società ricorrente ha ottenuto, nel 1977, concessione demaniale marittima per l'occupazione e la realizzazione di un porto turistico in loc. Cala Galera, per la durata di cinquanta anni, a decorrere dal 19 giugno 1970 e sino al 18 giugno 2020 (cfr. doc. 2 produzioni parte ricorrente).

La concessione demaniale del 1977 **non prevede alcun elemento di conguaglio e/o rideterminazione della durata del titolo** di affidamento in ragione di eventuali maggiori esborsi (rispetto a quelli *ab origine* preventivati) che, nella realizzazione dell'opera, fossero stati sostenuti dal privato, i quali sarebbero rimasti, quale rischio operativo, ad integrale carico della concessionaria.

Né il privato ha mai avanzato, per oltre un trentennio (i.e. dal 1977 al 2008), richieste di rimodulazione della durata del rapporto in ragione di eventuali maggiori costi (originari o sopravvenuti) e/o investimenti dal medesimo sostenuti: agli atti dell'Amministrazione comunale non sussiste dal 1970 al 2007 nessuna domanda, rilievo, nota, riserva, in tal senso.

Solamente all'approssimarsi della scadenza della concessione la Società, con **istanza 5 aprile 2007** (doc. 1), ha proposto alla Capitaneria di Porto di Livorno e al Ministero dei trasporti "*Richiesta di proroga, ai sensi dell'art. 10, comma 3, del DPR 02.12.1997, n. 509 di anni 30 della durata della concessione*" (doc. 12 produzioni Società ricorrente).

L'istanza pone a fondamento della richiesta una serie eterogenea di

fattori (quali interventi e investimenti nel tempo effettuati sul bene; la "costante ed onerosa manutenzione, come pure onerosi si sono dimostrati gli interventi effettuati per gli adeguamenti alla normativa degli impianti e delle strutture di pertinenza dell'approdo"; gli "ulteriori oneri dovuti all'aumento dei canoni"), assumendo che i medesimi, incidendo sul conto economico complessivo dell'intervento, avrebbero reso necessaria la proroga del rapporto.

L'istanza del privato è stata istruita dalle Autorità quale proroga ex art. 10 DPR 509/1997: così, a titolo esemplificativo, il Ministero dei trasporti e la Capitaneria di Porto negli atti *ex adverso* prodotti qualificano la domanda-doc. 13 produzioni parte ricorrente).

Peraltro, codesto Tribunale Amministrativo, a suo tempo adito dal concessionario per l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione comunale di accordare la proroga già istruita dal Ministero, ha *apertis verbis* qualificato l'istanza in termini di richiesta di proroga (Sez. III, sentenze 30 settembre 2009, n. 1488 e 30 gennaio 2012, n. 172).

Nella stessa occasione, **il Tribunale amministrativo ha riconosciuto la possibilità per gli Uffici comunali di procedere (anziché alla proroga) all'individuazione del concessionario attraverso l'espletamento di una nuova procedura comparativa**, in ossequio ai canoni di derivazione comunitaria e, comunque, desumibili dall'art. 97 Cost. (Sez. III, sentenza 30 gennaio 2012, n. 172, capo undicesimo).

2. LA "MUTATIO LIBELLI" DEL 2017

Come anticipato, la domanda proposta dal privato nel 2007 non solo è qualificata come istanza di proroga ex art. 10 DPR 509/1997, ma, come tale, è

stata istruita dalle Amministrazioni intervenute nel procedimento, anche in ragione delle motivazioni alla medesima sottese.

In particolare, tanto gli Uffici Ministeriali (doc. 13 produzioni avversarie) quanto gli stessi consulenti giuridici incaricati all'epoca dall'Amministrazione comunale (doc. 3) hanno concordemente trattato l'istanza quale richiesta di proroga dei termini ex art. 10 DPR 509/1997, senza che sussistesse al riguardo margine di perplessità alcuno o contestazioni di sorta ad opera del privato.

Solamente nel 2017, alla luce del parere di un consulente esterno (già operante su incarico della Società odierna ricorrente¹ – doc. 19 produzioni parte ricorrente), **è stata mutata la qualificazione dell'istanza del 2007**, indicando che la domanda nonostante il chiaro tenore letterale, dovesse tuttavia intendersi - non quale richiesta di proroga bensì - di correzione dell'originaria determinazione della durata del rapporto, in ragione della errata stima dei costi ipotizzati nel 1968 per la realizzazione dell'intervento.

La nuova, abile prospettazione non è, come evidente, esente da conseguenze dal momento che:

- a) da una parte, possono essere invocati a fondamento dell'eventuale correzione dell'originario termine solo errori nella stima dei costi operata a fronte dell'originario progetto, non anche ulteriori esborsi (di realizzazione, gestione, etc.) ad esso non riconnessi, i quali non potranno che determinare l'eventuale adozione di proroga ex art. 10 DPR 509/1997;

¹ Al riguardo è lo stesso legale che nel parere 10 febbraio 2017 (doc. 19 produzioni avversarie) indica espressamente di aver esaminato i documenti “[...] *che la Società mi aveva tempo addietro fornito per rendere un parere che poi ho reso il 10 maggio 2016*”.

b) l'istanza di proroga di una concessione demaniale marittima deve, secondo i principi della materia, essere oggetto di pubblicazione al fine di consentire la presentazione di domande concorrenti.

Peraltro, il medesimo consulente, con successivo parere 4 aprile 2017, ha ribadito come potessero dar adito alla richiamata rideterminazione della durata solo i maggiori costi effettivi sostenuti alla data di conclusione dei lavori (i.e. al 1974) per la realizzazione dell'intervento in ragione di eventuali, originari, errori di computo, non anche ulteriori investimenti e/o spese sostenute nel tempo con riferimento al bene (doc. 20 produzioni parte ricorrente).

Sulla base dell'innovata qualificazione della domanda, l'Amministrazione comunale di Monte Argentario ha proceduto alla stipula dell'atto suppletivo 25 maggio 2017 (doc. 3 produzioni parte ricorrente), con il quale ha **rettificato la durata dell'originario titolo concessorio prorogando la durata di cinquant'anni in complessivi ottant'anni**, assumendo la sussistenza di un errore nell'originario computo dei lavori tale da aver determinato per la Società maggiori esborsi sino alla data del 1974 (data di conclusione dei lavori di realizzazione del Porto di Cala Galera).

3. IN PARTICOLARE, LE VOCI DI COSTO POSTE A FONDAMENTO DELLA RETTIFICA

Nel termine di diciotto mesi successivo all'adozione dell'atto suppletivo (e comunque ben anteriormente alla scadenza dell'originario rapporto, fissata al giugno 2020), l'Ufficio ha riesaminato - nel contraddittorio con il privato concessionario - il proprio operato, alla luce degli stessi principi espressi dai richiamati pareri acquisiti nel corso dell'*iter*.

In particolare, l'Ufficio - nell'ambito di un approfondito riesame delle determinazioni e documenti che avevano condotto all'adozione dell'atto suppletivo del 2017 - ha avuto modo di accertare che:

- a) gli importi posti a fondamento della proroga non sono limitati ai soli (eventuali) maggiori costi sussistenti al 1974 nella realizzazione del porto turistico, ma **riguardano anche i successivi investimenti realizzati sul bene sino al 2006**. In tal senso, sia la relazione economico-finanziaria del 30 ottobre 2010 quanto la successiva relazione del 27 marzo 2017 (docc. 16 e 18 produzioni avversarie) indicano *apertis verbis* "Pertanto, se per l'investimento originariamente preventivato in euro 908.965,00 (attualizzato al 2006 in euro 15.00.740,00 era stata rilasciata una concessione demaniale della durata di 50 anni, su un investimento effettivo di euro 25.064.162,00 la concessione doveva essere rapportata ad almeno 84 anni [...]". Tali importi, tuttavia, come chiaramente desumibile dalle relazioni economiche depositate dalla Società, sono riferibili solo per minima parte agli esborsi sostenuti al 1974 (i quali - per quanto rilevato *infra*, al successivo punto "b" - non risultano aver subito incrementi rispetto alle originarie previsioni), ricomprendendo anche e soprattutto) gli ulteriori investimenti realizzati dal 1980 al 2006. Dal dato consegue, pertanto, che **la proroga accordata non è riferibile ad un incremento dei costi sostenuti fino al 1974 per la realizzazione dell'originario progetto quanto al complesso degli investimenti effettuati sul bene sino al 2006**.

- b) sotto ulteriore profilo, la (apparente) discrasia intercorrente tra gli

importi in origine preventivati dalla Società per la realizzazione del porto (pari a lire 1.760.003.408, corrispondenti ad euro 908.965,00) e agli esborsi effettivamente sostenuti al 1974 (quali indicati dalla stessa Società, pari a lire 3.000.003.560, per euro 1.549.373,00) risulta in verità conseguire dall'ordinaria attualizzazione degli importi già preventivati nel 1968 alla diversa, successiva data del 1974 (anche in ragione dei peculiari tassi di inflazione all'epoca presenti). I due importi, come opportunamente rilevato in sede di annullamento (doc. 4), *"possono essere confrontati solo se ambedue attualizzati al 1974"*. La rispondenza dei due importi attualizzati è desumibile, con sufficiente evidenza dalla tabella di seguito riportata:

Rivalutazione Monetaria Storica

Capitale Iniziale: Lire 1.760.003.408 (€ 908.965,90)

Anno Iniziale: 1968

Anno Finale: 1974

Indice utilizzato: prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati dal 1861

Ultimo indice storico annuale disponibile: 2017

Rivalutazione storica dal 1968 al 1974 (con indici annuali)

Valore dell'indice storico al 1968: 402,862

Valore dell'indice storico al 1974: 636,308

Coefficiente di rivalutazione: 1,5795

Capitale rivalutato al 1974: Lire 2.779.870.647 (€ 1.435.683,37)

Contrariamente argomentando si perverrebbe, difatti, all'inverso non plausibile raffronto tra importi tra loro non omogenei in quanto riferiti a diverse annualità.

Anche tale circostanza conferma, pertanto, con sufficiente evidenza l'error nel quale è incorsa l'Amministrazione comunale con l'adozione dell'atto suppletivo 25 maggio 2017.

4. LE DOMANDE CONCORRENTI NEL TEMPO PROPOSTE E LA

PUBBLICAZIONE DELLA DOMANDA

Il provvedimento impugnato consente di assicurare, nella prossima assegnazione del bene, il doveroso confronto concorrenziale che la rideterminazione della durata del rapporto ha ingiustamente pretermesso.

E' pertinente, in questo senso, la constatazione che **nel corso degli anni anche altri qualificati operatori del settore hanno richiesto l'assegnazione in concessione dell'ambito portuale di Cala Galera**, con reiterate domande di apertura di procedure comparative (doc. 2).

Per tale ragione appare del tutto condivisibile la decisione dell'Amministrazione - in uno con l'autoannullamento della rideterminazione della durata del rapporto - di procedere con la pubblicazione della domanda di proroga proposta dalla Società ricorrente, la quale ben potrà rivelarsi nuova assegnataria del bene in esito all'espletamento delle (doverose) procedure comparative.

In altri termini, l'azione del Comune di Monte Argentario in questa sede contestata è preordinata allo svolgimento, anteriormente alla cessazione del rapporto in essere con la ricorrente (giugno 2020), delle procedure comparative che l'(anticipato ed incondizionato) assenso alla proroga ha *iniure* pretermesso.

*

DIRITTO

A) SUL FUMUS BONI IURIS

I) SUL PRIMO MOTIVO (SULL'ASSERITA TARDIVITÀ DELL'ESERCIZIO DEI POTERI IN AUTOTUTELA)

Assume la Società ricorrente che il provvedimento gravato si rivela

tardivamente assunto dall'Ufficio giacché : a) adottato oltre il termine di diciotto mesi prescritto dall'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento; b) comunque, adottato in violazione del c.d. "termine ragionevole" richiamato dalla medesima norma.

I.a) La censura muove da consistente equivoco, nella parte in cui assume quale *dies a quo* per il decorso dei diciotto mesi la **determinazione di impegno di spesa 8 maggio 2018, n. 345** e non la diversa, successiva, data del **25 maggio 2017 di sottoscrizione dell'atto suppletivo.**

Ed invero, la determinazione 345/2017 *ex adverso* invocata si configura (e in tal senso è esplicitamente rubricata) quale "*determinazione di impegno di spesa*", adottata "*in esecuzione della delibera del Consiglio comunale n. 33 del 09.03.2017 con la quale è stato approvato il bilancio di previsione finanziario 2017-2019*".

Trattasi, pertanto, di atto di programmazione e gestione economica, **non attributivo al privato di utilità di sorta.**

La giurisprudenza, con condiviso orientamento, ha già avuto modo di rilevare come l'annullamento in autotutela non attenga a "*gli atti di natura endoprocedimentale*" ma "*riguard[i] esclusivamente il caso di annullamento di provvedimento conclusivo del procedimento [...]*" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 giugno 2017, n. 2789).

Sotto altro profilo, l'atto suppletivo, lungi dal rivestire carattere meramente negoziale, è invece vero e proprio **titolo autorizzativo**, volto ad attribuire al privato le facoltà (ed obblighi) riconnessi all'esercizio della concessione demaniale. In tal senso l'atto rientra *de plano* nel *genus* dei c.d. provvedimenti-contratto.

	Dal dato proposto consegue l'erroneità delle prospettazioni	
	avversarie: solo con l'atto suppletivo l'Amministrazione ha proceduto alla	
	attribuzione in favore del privato del bene oggetto di concessione (<i>recte</i> ,	
	alla rideterminazione dell'estensione temporale del titolo concessorio), con la	
	conseguenza che da tale momento decorre il termine per l'esercizio dei poteri	
	di riesame.	
	Ciò in quanto dalla determina di impegno di spesa (n. 345/2017) non	
	consegua <i>ex se</i> in capo al privato la costituzione di un nuovo rapporto	
	concessorio, venuto in essere solo con il successivo atto suppletivo del 25	
	maggio 2017.	
	Se, pertanto, il provvedimento attributivo di facoltà in favore del	
	privato deve essere necessariamente individuato nell'atto suppletivo del 25	
	maggio 2017, l'esigenza di tutela dell'affidamento impone di individuare il	
	termine <i>a quo</i> per il computo dei diciotto mesi nell'effettiva instaurazione del	
	rapporto concessorio, intervenuta - appunto - con l'atto suppletivo del 25	
	maggio 2018.	
	In ultimo (e come indicato nel provvedimento impugnato) rileva	
	anche l'avvio del procedimento disposto dall'Ente il 7 novembre 2018, per	
	certo tempestivo anche in riferimento alla determinazione 345/2018.	
	I.b) Parimenti infondata risulta l'asserita violazione del " <i>termine</i>	
	<i>ragionevole</i> " posto dalla norma a presidio dell'attività di annullamento.	
	L'esercizio della potestà di annullamento appare nel caso di specie del	
	tutto ragionevole sotto il profilo temporale, alla luce della obiettiva	
	complessità della vicenda (che ha visto coinvolte, nel tempo, più	
	amministrazioni, con riferimento ad interventi ed investimenti protrattisi	

sino ai giorni odierni), della natura del titolo concessorio in rilievo (inerente l'intera area portuale di Cala Galera), del mutamento di inquadramento dell'istanza del privato operato solo nel 2017 (*supra*, in fatto, punto 2), delle non univoche (né per vero congruenti) indicazioni economico-finanziarie nel tempo rese dalla Società, idonee a rendere quantomeno complessa l'effettiva disamina e valutazione della vicenda e dei consistenti interessi in rilievo (relativi all'attivazione, o meno, di procedure comparative per l'assegnazione del bene).

Inoltre, l'esercizio del potere di riesame è comunque intercorso pendente il rapporto, allorché la Società concessionaria era ancora nella detenzione del bene, pacifica sino al prossimo 18 giugno 2020.

Né paiono ostare, in senso contrario, eventuali interessi e/o profili di affidamento del privato il quale, al contrario, partecipato dell'intero procedimento, era ben consapevole tanto della complessità della vicenda che degli stringenti limiti e parametri individuati in ordine alla possibilità per la Società di accedere ad una rideterminazione della durata dell'originaria concessione.

Come noto, consolidato orientamento insegna che *"il riferimento temporale di cui all'art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990 va sempre e comunque valutato ed apprezzato in concreto, tenendo in debito conto il grado di complessità della fattispecie oltre che degli interessi coinvolti nella vicenda"* (ex multis, Tar Campania Napoli, Sez. II. 23 novembre 2018, n. 6777; Tar Lombardia Milano, Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 115).

Le concrete circostanze del caso, incidenti sull'esercizio del potere di riesame, rendono ragionevole il termine entro il quale l'autoannullamento è

intercorso.

I.c) *Re melius perpensa*: dalla manifesta illegittimità comunitaria inficiante il provvedimento di rideterminazione del termine consegue, sotto ulteriore profilo, la tempestività dell'esercizio dei poteri di riesame.

Come osservato da numerosi Autori (da ultimo, B. Lageder, *La proroga delle concessioni demaniali*, in www.giustizia-amministrativa.it), a seguito degli inequivoci pronunciamenti della Corte di Giustizia UE in materia, e segnatamente della sentenza 14 luglio 2016, 458, "*il giudice nazionale ... deve provvedere alla 'non applicazione' della disciplina nazionale interna e all'applicazione diretta della disciplina europea che, anche in sede di rinnovo, impone l'applicazione di procedure di evidenza pubblica. Ciò vale, naturalmente, anche per la proroga da ultimo disposta dall'art. 24, comma 3-septies, del decreto legge n. 113/2016, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 160/2016, successivamente al deposito della sentenza della Corte di giustizia*".

La contrarietà della proroga della concessione (disposta in assenza di procedura comparativa) con i canoni comunitari, quali inequivocabilmente chiariti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, determina secondo i principi l'obbligo per l'Amministrazione di riesaminare i provvedimenti *iniure* assunti.

Anche sotto il profilo della doverosità dell'esercizio dei poteri in autotutela, il provvedimento impugnato appare tempestivamente assunto nel rispetto del termine ragionevole prescritto dall'art. 21-nonies della legge sul procedimento.

*

II. SUL SECONDO MOTIVO (SULL'ASSERITA INSUSSISTENZA DI PROFILI

DI ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTO ANNULLATO)

Con il secondo motivo la ricorrente argomenta circa l'insussistenza di profili di illegittimità dell'atto suppletivo 25 maggio 2017.

Senonché, l'Amministrazione comunale ha accertato l'illegittimità dell'atto suppletivo 25 maggio 2017 sulla scorta dei seguenti, obiettivi rilievi:

1) gli importi richiamati dagli elaborati economici della Società a fondamento della istanza di proroga e sulla base dei quali era stata parametrata la richiesta di durata di anni ottanta non erano limitati ai soli (eventuali e non dimostrati) maggiori costi supportati fino al 1974 nella realizzazione del porto, ma riguardavano anche i successivi investimenti realizzati sul bene sino al 2006². La durata di 84 anni, poi ridotta per difetto a 80 anni, **non è riferibile ad un incremento dei costi sostenuti fino al 1974 per la realizzazione dell'originario progetto quanto al complesso degli investimenti effettuati sul bene sino al 2006;**

2) l'apparente discrasia intercorrente tra gli importi in origine preventivati dalla Società per la realizzazione del porto (pari a lire 1.760.003.408, corrispondenti ad euro 908.965,00) e gli esborsi effettivamente sostenuti al 1974 (quali indicati dalla stessa Società, pari a lire 3.000.003.560, per euro 1.549.371,00) consegue in realtà **dall'ordinaria attualizzazione degli importi già preventivati nel**

² In tal senso tanto la relazione economico-finanziaria del Ragionier Leoni del 30 ottobre 2010 quanto quella del 27 marzo 2017 (docc. 16 e 18 produzioni parte ricorrente) indicano *apertis verbis* "Pertanto, se per l'investimento originariamente preventivato in euro 908.965,00 (attualizzato al 2006 in euro 15.00.740,00 era stata rilasciata una concessione demaniale della durata di 50 anni, su un investimento effettivo di euro 25.064.162,00 la concessione doveva essere rapportata ad almeno 84 anni [...]".

1968 alla diversa, successiva data del 1974 (anche in ragione dei

peculiari tassi di inflazione all'epoca presenti).

Né il formale richiamo operato nel preambolo della determinazione 345/2018 al parere del consulente appare idoneo a scongiurare il contrasto con i principi della materia nello stesso enucleati.

II.a) La Società assume che *“la rideterminazione della durata della concessione demaniale è avvenuta unicamente sulla scorta del maggior costo sostenuto per l'esecuzione del progetto originario, documentato in euro 1.549.371,00 [ndr. pari a lire 3.000.000.560,00] e quindi del 70,45 in più rispetto al costo stimato ex ante”* (ricorso, p. 23): sennonché - come diffusamente dedotto - tale valore, se attualizzato all'annualità 1968 (di computo dell'originaria spesa) risulta del tutto conforme alla originaria cifra di euro 908.995,00 (per lire 1.760.003.408) e, comunque, inadeguato a determinare il postulato incremento pari ad oltre il 70%.

Assume la ricorrente (ancora p. 23 e p. 24 del ricorso) che gli ulteriori importi richiamati nelle relazioni economiche, relativi agli ulteriori investimenti sostenuti sino al 2006, non hanno concorso alla rideterminazione della durata temporale (ancora p. 23 ricorso). Così al contrario non è: con riferimento a tali importi le relazioni economiche prodotte dal privato all'Amministrazione (docc. 16 e 18 produzioni parte ricorrente) indicano *apertis verbis “Pertanto, se per l'investimento originariamente preventivato in euro 908.965,00 (attualizzato al 2006 in euro 15.000.740,00 era stata rilasciata una concessione demaniale della durata di 50 anni, su un investimento effettivo di euro 25.064.162,00 la concessione doveva essere rapportata ad almeno 84 anni [...]”*. **Sono dunque le stesse relazioni della Società che**

danno conto di come la rideterminazione della durata consegua, invero, dalla totalità degli importi indicati (pari, appunto a 25.064.162,00 euro), comprensivi anche degli investimenti effettuati fino al 2006. Il dato proposto è ben noto alle controparti, al punto che gli intervenienti, nel promuovere iniziative giudiziarie avverso la determinazione di annullamento operano espresso richiamo ai più recenti aumenti dei canoni di locazione dei posti barca, da ricondursi (secondo i medesimi) *“agli ingenti investimenti condizionanti il rinnovo della concessione”* (doc. 5). **Anche le indicazioni rese dai soci azionisti** comprovano che la rideterminazione temporale della concessione (correttamente qualificata dai privati in termini di “rinnovo”) sia stata disposta in ragione degli investimenti effettuati nel tempo dalla Società, in ciò di fatto concretizzando la fattispecie di cui all’art. 10 DPR 509/1997.

Infondata appare, altresì, la tesi avversaria che, non potendo seriamente contestare la sostanziale omogeneità tra l’importo preventivato nel 1968 di lire 1.760.003.408 (corrispondenti ad euro 908.965,00) e gli esborsi effettivamente sostenuti al 1974 (pari a lire 3.000.003.560, per euro 1.549.373), intende limitare l’attualizzazione alla sola differenza tra detti importi (con ciò nella sostanza ricadendo nel medesimo errore di rapportare tra loro importi non omogenei in quanto riferiti ad annualità diverse). Al contrario, non è revocabile in dubbio che il raffronto tra gli importi preventivati al 1968 e gli esborsi effettivamente sostenuti al 1974 non possa che passare per l’attualizzazione delle due cifre alla medesima annualità: operazione che, come già dedotto, offre chiara indicazione della sostanziale omogeneità delle stesse.

II.b) Prive di pregio si palesano le ulteriori censure *ex adverso*

accennate, relative ad asserite violazioni procedurali e/o carenze

motivazionali (così p. 26 e p. 29 del ricorso). Al riguardo pare opportuno

limitarsi, nell'ottica di trattazione della domanda cautelare, a rilevare che:

- difformemente da quanto *ex adverso* assunto (a p. 26 del ricorso), le

deduzioni procedurali prodotte dal privato (doc. 22 produzioni parte

ricorrente) a fronte dell'avvio del procedimento, lungi dal non essere

state prese in considerazioni dall'Ufficio, sono state oggetto di puntuali

controdeduzioni nel provvedimento finale;

- parimenti infondata appare la censura inerente un'asserita (quanto

generica e non sussistente) carenza motivazionale del provvedimento

finale (p. 28 del ricorso): lo stesso, al contrario, dà diffusamente atto delle

motivazioni poste a fondamento dell'annullamento;

- né in ultimo possono riscontrarsi discrasie tra i contenuti dell'avvio del

procedimento e le motivazioni sottese al provvedimento di

annullamento (ancora p. 29 del ricorso): al contrario il provvedimento è

stato concluso dall'Ente alla luce delle criticità dal medesimo già

enucleate nell'atto di avvio del procedimento, che non hanno trovato

utile giustificazione negli apporti procedurali del privato.

Di qui l'infondatezza delle censure dedotte.

*

III) SUL TERZO E QUARTO MOTIVO (SULL'INTERESSE PUBBLICO

SOTTESO ALL'ANNULLAMENTO; SUL BILANCIAMENTO DEI CONTRAPPOSTI

INTERESSI)

Infondate appaiono, altresì, le ulteriore censure in ordine all'asserita

insussistenza di ragioni di interesse pubblico a fondamento dell'annullamento ed alla omessa comparazione dei contrapposti interessi in rilievo.

Le doglianze non trovano conforto nel contenuto del provvedimento gravato (doc. 4), quale desumibile da una piana lettura del medesimo, che esplicita come i provvedimenti oggetto di riesame abbiano *“comportato la disapplicazione dei principi nazionali ed europei in tema di concorrenza [...e] appa[iano] lesivi del pubblico interesse, atteso che gli stessi hanno di fatto sottratto dalla libera concorrenza possibili investitori, con diretta ricaduta sull'economia locale e sulla valorizzazione dei beni in oggetto”*, rilevando altresì con riferimento alla ponderazione dei contrapposti interessi: *“tale interesse pubblico appare prevalente rispetto all'interesse del privato alla conservazione di un atto illegittimo”* e *“comunque, scadendo l'originaria concessione il 19 giugno 2020 c'è tutto il tempo per sottoporre l'istanza di proroga della Marina di Cala Galera a procedimento di confronto concorrenziale e per concludere tale procedimento ben prima della scadenza, così al contempo ripristinando la legalità e garantendo alla Marina di Cala Galera di partecipare”*.

In sintesi il provvedimento di riesame, rilevato che l'illegittima rideterminazione della durata della concessione era suscettibile di sottrarre il bene ad un necessario confronto concorrenziale, già sollecitato da terzi operatori del settore, ha ritenuto tali interessi prevalenti rispetto al contrapposto interesse del privato alla conservazione dell'atto, anche in ragione della facoltà per il medesimo di prendere parte all'instaurando confronto concorrenziale e all'assenza di soluzioni di continuità nella gestione per l'ipotesi di aggiudicazione del medesimo.

Se così è, né l'adozione del provvedimento di annullamento è informato al mero ripristino della legalità violata (esplicitando, al contrario, con sufficiente chiarezza le motivazioni sottese al provvedimento), né il Comune si è limitato all'adozione di formule di mero stile, avendo – piuttosto – dato piena contezza degli interessi pubblici sottesi al riesame e della prevalenza dei medesimi rispetto ai contrapposti interessi del privato.

Prive di pregio risultano, altresì le argomentazioni avversarie volte ad escludere che dall'eventuale inquadramento della richiesta del privato quale istanza di proroga ex art. 10, comma 3, DPR 509/1997 consegua la necessaria pubblicazione e successiva (eventuale) attivazione delle procedure comparative.

Contrariamente, per *ius receptum* la proroga del rapporto concessorio postula il previo esperimento di procedura comparativa (*supra*, punto I.c): anche il parere reso il 10 febbraio 2017 dal consulente interessato della vicenda ha rilevato come per le istanze di proroga fosse dovuta la pubblicazione, in forza di consolidata giurisprudenza³ (doc. 19 produzioni avversarie).

³ In questo senso il parere indicava “Una istanza di proroga di una concessione demaniale marittima deve essere pubblicata per consentire, nel rispetto dei principi euro-comunitari e di quelli interni, la presentazione di eventuali domande concorrenti [...] La giurisprudenza è infatti consolidata nel senso che anche la proroga delle concessioni demaniali (di rilievo economico) può essere legittimamente accordata solo in esito ad una procedura ad evidenza pubblica. Ricordo tra altre: Corte giustizia UE Sez. V, 14 luglio 2016 n. 458; Sez. II 17 luglio 2008 n. 347; Corte Cost. 4 luglio 2013 n. 171; 26 novembre 2010 n. 340; 20 maggio 2010 n. 180; Cons. St., Sez. VI, 7 marzo 2016 n. 889; Sez. VI, 2 febbraio 2015 n. 462 relativa a concessione in Monte Argentario; Sez. VI, 9 giugno 2014 n. 2933; Sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4098; Sez. V, 21 novembre 2011, n. 6132; Sez. VI, 7 giugno 2011 n. 3428; Sez. VI, 30 settembre 2010 n. 7239 anch'essa relativa a concessione in Monte Argentario; Sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716; Sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7547; Sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3145; Sez. VI, 17 gennaio 2009 n. 902; Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; Sez. VI 30 gennaio 2007, n. 362; Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Sez. 3 II, 23 marzo 1994 n. 486”.

Sotto ulteriore profilo: assume la Società ricorrente che l'Amministrazione, nell'adozione del provvedimento in autotutela, avrebbe omesso di valutare i contrapposti interessi della Società.

Al contrario, l'Amministrazione ha diffusamente argomentato nell'ambito del provvedimento di riesame in ordine alla prevalenza degli interessi pubblici alla pubblicazione della domanda e individuazione del concessionario con idoneo procedimento comparativo, senza che contraria, prevalente rilevanza possano assumere eventuali pretese economiche (solo paventate ma, per certo non provate) della Società ricorrente, in ordine ad asseriti esborsi già sostenuti ed investimenti già effettuati.

Peraltro, sotto il profilo dell'affidamento del privato appare pertinente il rilievo che il procedimento di rideterminazione della durata della concessione, lunghi dal trovare nel tempo positiva e univoca soluzione, è stato definito solo in esito ad una recente, abile riqualificazione della richiesta, e che le voci di costo oggi prospettate risultano sfornite di ogni, seppur minimo elemento probatorio.

Analoghe argomentazioni rilevano per i richiami effettuati dal privato a non meglio precisati impegni economici e investimenti in corso, anch'essi privi di ogni, seppur minimo, elemento probatorio.

Corretta pare, dunque, la ponderazione degli interessi contrapposti recepita dall'Amministrazione comunale.

*

IV) SULL'ULTIMA CENSURA (SULLA VALUTAZIONE DELLE OSSERVAZIONI DEL PRIVATO; SULLA COMPETENZA DIRIGENZIALE)

Infondata appare anche l'ultima censura dedotta.

	<p>IV.a) Come già indicato (<i>supra</i>, § III), dalla lettura del provvedimento gravato emerge con sufficiente evidenza come l'Ufficio, lungi dall'aver omesso di prendere in considerazione le osservazioni del privato, nel provvedimento finale ha assunto con riferimento alle medesime puntuali controdeduzioni (provvedimento 26 novembre 2018, n. 1/2018) articolate (vieppiù) in relazione ai vari profili dedotti ("Quanto al primo motivo [...] Quanto al secondo motivo [...] Quanto al terzo motivo [...]"), enucleando le ragioni per le quali le medesime non potevano essere accolte.</p>	
	<p>Rilevanza alcuna assumono, alla luce del concreto riscontro offerto alle osservazioni dei privati, le notazioni di controparte in ordine alle (celeri) tempistiche di riscontro alle medesime.</p>	
	<p>IV.b) Sotto concorrente profilo si palesa infondata anche la censura avversaria volta a contestare che il provvedimento di annullamento sarebbe stato adottato dal Dirigente del Settore Demanio in assenza di un idoneo atto di indirizzo politico.</p>	
	<p>La doglianza opera indebita commistione tra le attività di individuazione degli obiettivi ed indirizzo (rimesse, appunto, all'Organo politico) e le ordinarie attività di gestione, vigilanza e controllo spettanti al competente Dirigente di Settore, quale codificata dalla c.d riforma Bassanini.</p>	
	<p>Difatti, il Dirigente del competente settore - per il compimento delle attività al medesimo delegate - non necessità di atti di impulso dell'Organo politico.</p>	
	<p>Contrariamente argomentando, si perverrebbe alla non plausibile conclusione che l'Organo di indirizzo potrebbe, in ragione di propri interessi e/o decisioni di stretta opportunità politica, precludere al Dirigente l'esercizio</p>	

delle attività al medesimo affidate (tra le quali l'attività di vigilanza, controllo e repressione).

*

B) SUGLI INTERVENTI IN ADIUVANDUM

Gli interventi adesivi dispiegati da ulteriori soggetti nel giudizio – *in parte qua* reiterativi delle censure già dedotte con il ricorso principale si palesano infondati per i medesimi motivi *supra* esposti.

E', tuttavia opportuno rilevare che:

a) inammissibile, prima che infondato, si palesa l'atto di intervento promosso dal **Sig. Bruno De Gasperis** *in parte qua* volto ad introdurre nuovi ed autonomi motivi di censura non articolati nel ricorso principale (ivi comprese istanze di deferimento di asserite questioni di legittimità costituzionale e/o questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE). L'Ente convenuto non ritiene di accettare il contraddittorio con riferimento alle censure irritualmente dedotte dall'interveniente (le quali si palesano, comunque, infondate);

b) analoghe considerazioni (inerenti l'inammissibilità – oltre che l'infondatezza - dell'intervento per introduzione di nuovi motivi di censura) riguardano anche gli atti di intervento dell'**Associazione Comitas e del Sig. Vincenzo Rienzi** avendo i medesimi, con memoria 1° marzo 2019, addotto nuovi motivi di censura, pervero non dedotti dal ricorrente. Peraltro, l'interveniente a p. 9 della memoria opera un'evidente confusione tra gli istituti della revoca e dell'annullamento; né sussiste alcun "vizio della volontà" essendo chiaramente esplicitati i motivi che hanno condotto l'Ente al riesame

del precedente provvedimento;

c) l'intervento dispiegato dalla **Associazione Comitas** si palesa altresì inammissibile sotto concorrente motivo. Come rilevato dalla giurisprudenza: *“La legittimazione ad intervenire degli enti ed associazioni di categoria nel giudizio amministrativo richiede in primo luogo che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. Inoltre è indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli appartenenti alla categoria, e che non vengano invece tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi. In altri termini, a questo specifico riguardo occorre che non siano configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati) - ed anche solo di carattere potenziale - i quali implicherebbero che la posizione azionata in giudizio è priva dei requisiti di generalità alla categoria e riferibilità diretta all'ente esponenziale”* (TAR Lombardia Milano, Sez. III, 1° giugno 2018, n. 1406, cfr. in termini Consiglio di Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9). Al contrario, la scarsa ricostruzione e indicazione offerta dall'interveniente non dà conto della necessaria omogeneità degli interessi azionati;

d) inammissibile (oltre che infondato) si palesa anche l'atto di intervento della **Società Nautica Cala Galera s.p.a.** e **Nautica due s.p.a.** in quanto il deposito è carente di previa notifica alle parti costituite.

e) In ultimo, anche gli ulteriori interventi dispiegati dalla **Società**

Ranalli immobiliare s.r.l. e dalla Sea View 4 Corporation si palesano

infondati per le ragioni già esposte con riferimento al ricorso principale.

*

C) SUL PREGIUDIZIO GRAVE ED IRREPARABILE

Il dato proposto esclude la sussistenza del *fumus boni iuris*.

Ai fini della concessione dell'invocata misura cautelare appare carente anche il prescritto requisito del *periculum in mora*.

C.1) Adduce la Società ricorrente che dal provvedimento di annullamento, qualora non sospeso, conseguirebbero per la medesima una "*perdita di valore dell'attivo patrimoniale*" nonché eventuali profili di responsabilità connessi a (non meglio precisati, né provati) obblighi dalla medesima assunti nei confronti dei professionisti e imprese incaricati della realizzazione di (parimenti non specificati) interventi di miglioramento della struttura portuale.

Trattasi, come evidente, di (asseriti) pregiudizi sforniti di qualunque elemento probatorio, che rivestono, comunque, - anche a tutto voler concedere - natura meramente economica e non assumono, come tali, i necessari requisiti di gravità e irreparabilità. Solo per nostra memoria ricordiamo, difatti, come consolidato orientamento da tempo esclude la configurabilità del *periculum* in presenza di danni di natura meramente patrimoniale, in quanto i medesimi - ove in effetti sussistenti, provati e conseguenti ad atti o comportamenti illegittimi - possono trovare integrale ristoro (sia nel lucro cessante che nel danno emergente) in esito alla definizione del ricorso, se fondato (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V,

ord. 25 gennaio 2018, n. 335; TAR Toscana, Sez. II, ord. 8 settembre 2017, n. 515).

C.2) Sotto ulteriore profilo, la ricorrente omettere di considerare che il titolo concessorio in proprio possesso le consente la fruibilità del bene sino al giugno 2020: la circostanza pare *ex se* idonea ad escludere la sussistenza di pregiudizi imminenti, giacché entro tale data ben potrà essere definito il contenzioso.

Dalla attesa della definizione, nel merito, del giudizio non pare conseguire pregiudizio alcuno per il bene della vita cui la ricorrente aspira (la permanenza nella detenzione del bene demaniale fino al giugno 2020 pacificamente assegnato).

C.3) Sempre entro il giugno 2020 saranno definite dall'Ente le procedure comparative relative alla proroga della concessione, con la conseguenza che la ricorrente, qualora in esito alle medesime dovesse risultare aggiudicataria, ben potrà continuare a svolgere la propria attività senza soluzione di continuità alcuna.

Il pregiudizio dedotto non pare dunque assistito dal requisito dell'attualità: eventuali tutele cautelari potranno essere utilmente invocate a fronte dell'eventuale affidamento del bene in favore di terzi soggetti, in esito all'esperimento delle procedure comparative conseguenti alla domanda di rinnovo proposta dalla ricorrente.

C.4) In ultimo, **anche nell'ambito della ponderazione dei contrapposti interessi** appaiono recessivi i pregiudizi (non provati neppure *in nuce*) di natura meramente economica paventati dal privato a fronte dell'interesse pubblico al proficuo affidamento del bene per il tramite di

idonea procedura comparativa.

Il fattivo interessamento già da tempo espresso da terzi operatori del settore induce ad apprezzare la concretezza ed attualità dell'interesse pubblico prevalente conseguente all'esperimento delle procedure comparative (doc. 2).

Anche sotto tale profilo, non paiono sussistere i presupposti per l'accoglimento dell'invocata misura cautelare.

P.Q.M.

Voglia il Tribunale Amministrativo regionale per la Toscana respingere la domanda cautelare proposta.

Con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Con osservanza.

Firenze, 2 marzo 2019

Avv. Enrico Amante