

Tribunale Amministrativo regionale della Toscana - Firenze

Sezione 2

N.R.G. 186/2019

MEMORIA DI MERITO

PER Comitas– (*Coordinamento Microimprese per la tutela e lo sviluppo*), in persona del legale rappresentante p.t. (Avv. Prof. Carlo Rienzi, Avv. Paolo Sanchini, Avv. Gino Giuliano, Avv. Vincenzo Rienzi, Avv. Selene Silvino) e Vincenzo Rienzi, n.q. di socio della Marina Cala Galera Circolo Nautico s.p.a. (Avv. Prof. Carlo Rienzi, Avv. Paolo Sanchini, Avv. Gino Giuliano) **Frezza Fabrizio, Montini Gaetana, Costantini Loredana, Carosi Emanuele, Morelli Tonino, Morelli Mauro, Boido Carlo, Mugnai Leda, Somigli Antonella, Merlo Elisa, Ajello Fiamma, Girotti Maya Maria Luigia**, e le Società **Manlio Torquato R.L.** in persona del legale rappresentante p.t. **Valerio Apolloni, ROSTE Societa' Semplice** in persona del legale rappresentante p.t. **Stefano Apolloni, Retsa Finance r.l.**, in persona del legale rappresentante p.t. **Carmelo Claudio Tipa** (Avv. Prof. Carlo Rienzi, Avv. Gino Giuliano)

INTERVENIENTI AD ADIUVANDUM

nella causa pendente innanzi all'intestato TAR Toscana – Firenze, sezione 2, ed iscritta al n. R.G.186/2019

TRA

MARINA CALA GALERA CIRCOLO NAUTICO S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t.

CONTRO

COMUNE DI MONTE ARGENTARIO, in persona del Sindaco p.t.

E NEI CONFRONTI DI

REGIONE TOSCANA, in persona del Presidente p.t.

e della NAUTICA CALA GALERA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t.

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- della Determinazione Dirigenziale del Comune di Monte Argentario, Area 1- Ufficio Demanio, prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018, con la quale è stato disposto «l'annullamento dell'atto suppletivo del 25 maggio 2017, rep. n. 1810 nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale»
- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Preliminarmente sembra opportuno che i fatti oggetto del presente giudizio vengano posti all'attenzione del Collegio guardandoli con la lente dei singoli soci e di tutti i soggetti che svolgono attività commerciale nel porto di Cala Galera.

Come è noto la vicenda ha ad oggetto la Determinazione Dirigenziale prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018 con cui il Comune di Monte Argentario, Area 1- Ufficio Demanio, ha disposto l'annullamento dell'atto suppletivo del 25 maggio 2017, rep. N. 1810 che, a sua volta, estendeva fino al 2050 la durata della concessione marittima riconosciuta al Circolo Nautico Marina di Cala Galera.

La concessione demaniale marittima n. 429 (approvata con D.M. 29 dicembre 1977 e registrata in Livorno al n. 4461 in data 18 agosto 1978) veniva, originariamente, rilasciata dalla Capitaneria di Livorno alla Marina Cala Galera S.p.a., per una durata di 50 anni, a decorrere dal 1970, per la costruzione e la gestione dell'omonimo approdo da diporto nautico, sito in località Porto Ercole, Comune di Monte Argentario (GR).

E' fatto notorio che, sin dal 2007, la MCG S.p.a., in ragione del considerevole aumento degli investimenti programmati, tali da non consentire un adeguato ammortamento nei tempi concessi, richiedeva prontamente l'estensione della Concessione per ulteriori 30 anni, con scadenza dunque nel 2050 anziché nel 2020.

E' altrettanto noto che detta richiesta di rideterminazione del termine di scadenza(sia quando le competenze erano attribuite allo Stato e dunque per il suo tramite al Ministero della Marina Mercantile prima ed al Ministero dei Trasporti poi, sia successivamente quando, in riforma del Titolo V della Costituzione, le medesime competenze sono state attribuite alla Regione e per il suo tramite al Comune di Monte Argentario) **è stata sempre ritenuta fondata e legittima da parte dell'Amministrazione marittima.**

Tanto è vero che sin dal 2008 il Ministero dei Trasporti aveva dato espresso mandato alla Capitaneria di Porto di Livorno di procedere alla stipula dell'Atto Suppletivo, così da rideterminare il termine di scadenza della concessione demaniale al 18 Giugno 2050.

Eppure, nonostante non si siano mai rinvenuti dubbi sulla legittimità dell'istanza della Marina Cala Galera, a causa dei notevoli ritardi delle amministrazioni e di un intricato sistema di autorizzazioni, controlli, competenze e modifiche legislative, la conclusione del procedimento di rideterminazione della durata della concessione - e la relativa estensione sino al 2050 - si è avuta solo nel Maggio del 2017 con la stipula dell'Atto suppletivo rep. n. 1810.

Sul punto, è appena il caso di precisare che già nel corso degli anni tra il 2007 ed il 2017 tutti i soci e gli operatori che, a vario titolo, esplicano la loro attività nell'ambito portuale della zona interessata, oggi legittimamente rappresentati dal Comitas, hanno costantemente confidato sulla prossimità del traguardo di prolungamento della durata della concessione e dunque investito ulteriori capitali nel progetto, confortati anche dai pareri sempre positivi delle amministrazioni che sisono avvicinate.

A ciò si aggiunga che i Soci della MCG S.p.a., a seguito dell'atto suppletivo del Maggio del 2017, confidando finalmente sulla durata e stabilità temporale dell'atto concessorio, si sono determinati a cedere quote azionarie, ovvero, al contrario ad incrementare il proprio pacchetto azionario.

(E' quanto avvenuto, a titolo meramente esemplificativo, **al Sig. Frezza**, il quale, già titolare di azioni, nell'Agosto del 2017 ha acquistato ulteriori 1042 azioni, come da certificato azionario prodotto in atti)

Allo stesso modo e per le stesse ragioni- sempre legate al prolungamento della concessione sino al 2050 - soggetti prima esterni alla compagine societaria hanno deciso di acquistare azioni della MCG S.p.a. operando a loro volta legittimi investimenti.

Quand'ecco, che proprio mentre l'epopea sembrava finalmente volta al termine (non si può del resto definire diversamente un procedimento amministrativo che dura 10 anni!) i soci e gli operatori economici del porto hanno appreso, dopo più di due anni dalla stipula del menzionato atto suppletivo, che il Comune di Monte Argentario, con atto dirigenziale, aveva deciso di annullare la rideterminazione del termine e di ricondurre dunque la scadenza della concessione alla data originaria del 19 Giugno 2020.

Superfluo specificare che gli odierni intervenienti, in palese violazione dei più basilari principi di partecipazione procedimentale, **non hanno ricevuto né da parte del Comune di Monte Argentario, né da parte della Società MCG, alcuna comunicazione in merito all'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio dell'Atto suppletivo**, nonostante (è bene specificarlo) per l'ente fosse del tutto agevole individuare la lista dei soggetti interessati dal registro dei soci della società in Camera di Commercio. A quanto risulta allo scrivente, inoltre, nessuna notizia veniva nemmeno pubblicata **sulla stampa**, né veniva affissa alcuna **delibera alla casa comunale**.

Così stando le cose dunque, **i soci e tutti gli operatori commerciali interessati si sono ritrovati davanti al fatto compiuto della considerevole riduzione del termine della concessione (SI**

PARLA DI 30 ANNI) dovendo semplicemente subire la svalutazione del proprio pacchetto azionario o la perdita di valore del proprio esercizio commerciale, senza poter nemmeno obiettare alcunchè a propria tutela.

Per di più, non vi è chi non veda come siffatta carenza informativa e partecipativa, oltre ad aver compromesso le facoltà procedimentali degli interessati, rischia di aver determinato, come meglio si dirà, anche una compiuta turbativa e manipolazione del mercato azionario.

Come intuitivo infatti tutti i possessori di azioni della società, che fossero a conoscenza privilegiata di tale procedimento, avrebbero potuto venderle ad ottimo prezzo sfruttando la rideterminazione di durata della concessione allora in essere, così come chi ha comprato le stesse azioni a prezzo elevato in tale periodo, ignorando l'intenzione dell'amministrazione di annullare la "proroga" ha pagato costi molto più elevati, subendo una "truffa di fatto" ad opera di terzi, stessa sorte per chi ha affittato un posto barca in quel periodo.

Per queste ragioni, infatti, l'associazione Comitas ha dovuto presentare un esposto-denuncia alla Procura della Repubblica e alla Banca d'Italia chiedendo di accertare l'eventuale violazione delle normative a tutela del mercato verificando se e quante azioni siano state commerciate all'interno della società del porto nel periodo intercorrente dalla data della rideterminazione a quella dell'annullamento.

Tanto premesso si evidenzia che il provvedimento in esame, attraverso la violazione delle disposizioni normative in materia di autotutela e di trasparenza informativa, va inevitabilmente ad incidere sulla stabilità del mercato, determinando gravi pregiudizi sia per la ricorrente società, che per i suoi soci. Gli odierni intervenienti dunque, con il presente atto, agiscono a sostegno delle pretese e delle domande tutte della ricorrente affinché le tesi della Parte adiuvata vengano accolte, anche nell'interesse delle peculiari compromissioni subite dai soci.

Preliminarmente occorre osservare che il potere di annullamento in autotutela di cui all'art. 21-nonies della l. n. 241/90 è stato esercitato dal Comune di Monte Argentario in assenza dei relativi presupposti.

Non vi è chi non veda, che un comportamento come quello tenuto dall'amministrazione comunale nel caso de quo si pone in contrasto con la nozione di autotutela come venutasi a delineare nell'evoluzione storica del nostro ordinamento. Il potere di autotutela infatti si presenta, allo stato attuale, come un sistema di "guarentigie", mediante il quale l'Amministrazione cerca di adeguare la propria azione **alla trasformazione delle circostanze storiche e fattuali che hanno condotto all'emanazione di determinati provvedimenti, e dunque dovrebbe essere strutturato in modo da rispondere essenzialmente a questo scopo.**

Ebbene, nel caso posto all'attenzione di questo Collegio, il ritiro dell'atto, non essendo determinato da alcun mutamento delle circostanze fattuali - anzi, al contrario, come ampiamente argomentato, i presupposti per la rideterminazione della durata della concessione si erano stabilizzati sin dal 2008 ed erano ben ancorati ad esigenze economiche e di tutela del bene pubblico- pare piuttosto assumere le vesti di un potere di imperio della Pubblica Amministrazione, che mal si concilia con un puntuale ed attuale interesse pubblico.

Sono perciò molteplici i motivi, alla luce dei quali il provvedimento impugnato risulta carente delle regole cui è subordinato l'esercizio del potere di annullamento: *(a) il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale; b) l'adeguata istruttoria c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione; d) la presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riconducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità; e) l'obbligo della motivazione*" (cfr. ex multis, Cons. di Stato, Sez. VI n. 2843/2014).

a) Illegittimità dell'atto per violazione delle regole procedurali. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8, 21-octies, 21-nonies L. 241/90

In primo luogo si evidenzia che gli odierni intervenienti *ad adiuvandum*, sono tutti soci della Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.a, e sono pertanto assegnatari di un posto barca o posto auto nel Porto di Marina di Cala Galera, di cui hanno il diritto di uso esclusivo in virtù dell'atto di concessione n. 429 del 1977

In forza dell'art. 8 della Concessione, i soci rivestono, infatti, la qualità di **utente "assegnatario di posti di ormeggio"** e vantano pertanto una posizione di legittimazione estesa, tale per cui, con l'annullamento della rideterminazione, dovevano essere obbligatoriamente considerati come destinatario NECESSARI della comunicazione di avvio del procedimento, ex art. 7, L. 241/90.

La norma in commento prescrive, infatti, di dare comunicazione dell'avvio del procedimento *"a tutti coloro nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti"*.

Una formulazione siffatta dimostra l'intenzione di **individuare la partecipazione come uno strumento di gestione concordata del potere amministrativo**, nonché un mezzo di informazione e di garanzia del privato. La conoscenza dell'atto da parte del privato, infatti, non è solo finalizzato a che lo stesso venga a conoscenza dei fatti posti a fondamento del provvedimento sfavorevole ai suoi interessi, ma anche a che lo stesso possa, in sostanza, dialogare con l'Amministrazione nelle more dell'emissione del provvedimento finale.

Rappresenta infatti un principio generale quello per cui un'applicazione adeguata delle garanzie partecipative esige che l'Amministrazione non enunci solo compiutamente le ragioni che intende assumere, ma che le integri, nella determinazione conclusiva, con le argomentazioni finalizzate a

confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dagli adempimenti procedurali prescritti. “*Infatti, solo il modus procedendi appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo*” (Cons. St., sez. III, 5 giugno 2018, n. 3306).

Nello stesso senso si è espresso di recente il Tar Napoli (sent. N. 1660/2017) **secondo cui la disamina del motivo di ricorso con cui si denuncia il mancato rispetto delle garanzie procedurali appare dirimente nella dichiarazione di illegittimità del provvedimento impugnato.**

Allo stesso modo, la Cassazione Civile - Sez. Unite - con sentenza n. 10367 del 08 maggio 2007, sottolineò il valore della novella legislativa, precisando che la comunicazione prescritta dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990 costituisce attuazione del principio in forza del quale il procedimento amministrativo, quando è preordinato all'emanazione di provvedimenti che apportano limitazioni agli interessi dei privati, deve essere disciplinato in modo che i cittadini siano messi in grado di esporre le loro ragioni, sia a tutela dei propri interessi sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico, prima che sia assunta la determinazione da parte dell'Amministrazione.

Sicché, ad eccezione dei procedimenti amministrativi diretti all'emanazione di atti normativi, generali, di pianificazione e di programmazione e dei procedimenti tributari, **il principio di partecipazione ha una portata generale, non ammettendo deroghe** se non nei casi espressamente previsti - che devono peraltro essere interpretati in modo rigoroso - **e dev'essere attuato sin dall'inizio** del procedimento.

Aderendo a tale interpretazione, dunque, sarebbe stato necessario – ciò che è stato illegittimamente omesso nel caso di specie – che la comunicazione d'avvio del procedimento di ritiro dell'atto di rideterminazione, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, fosse regolarmente eseguita nei confronti di **tutti i soggetti interessati**, tra cui non possono non essere annoverati nel caso di specie i singoli soci ed i titolari di attività commerciali nel porto di Cala Galera. Non par dubbio, infatti, che questi ultimi avrebbe potuto offrire in sede procedimentale ogni utile apporto collaborativo al fine di superare le sopravvenute ragioni di interesse pubblico individuate dalla Autorità comunale. (Cons. Stato Sez. VI n. 4997 del 20 settembre 2012).

Al contrario, nel provvedimento oggi impugnato, i soci non sono stati affatto considerati, nemmeno, come si spiegherà meglio nel prosieguo, ai fini di una eventuale gara che dovesse essere promossa per far fronte alle asserite esigenze di “concorrenza”.

Sembra insomma che l'amministrazione non abbia avuto in nessun conto che nel corso di oltre 30 anni in quel porto si è strutturata una comunità, che si è confrontata con l'evoluzione del posto, che

ha investito il proprio denaro, che si è radicata nel territorio sviluppando un senso di appartenenza ed al mantenimento delle attività di lunga tradizione.

Al contrario, nessuna partecipazione democratica al procedimento è stata consentita ed anzi, l'intenzione di annullamento, e l'annullamento stesso, sono stati conosciuti solo da pochi soggetti dentro la amministrazione e dentro la società, con conseguente elevato rischio, come già specificato in punto di fatto, di manipolazione delle informazioni privilegiate da parte di chi avesse intenzioni speculative.

Quanto sin qui sostenuto assume connotati ancor più lesivi se si considera che gli obblighi di comunicazione procedimentali nei confronti di tutti i soci avrebbero potuto essere agevolmente adempiuti, consultando il Libro dei Soci. E' fuori di dubbio infatti che tale Pubblico Registro si pone quale strumento atto a garantire e semplificare la c.d. "democrazia interna" e dunque la partecipazione dei singoli soci. Ed invero, il Consiglio di Stato, in una delle più evolute sentenze sul tema della partecipazione, ha sancito che "L'art. 7 L. n.241/1990, d'altronde, impone l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e a quelli che per legge debbono intervenire **nonché agli altri soggetti,**

individuati o facilmente individuabili, che possano subire pregiudizio" (Cons. di Stato n. 2254 del 21 aprile 2006)

A ciò si aggiunga che, con riguardo al mancato rispetto delle garanzie procedimentali, il provvedimento dell'Amministrazione comunale oggetto della presente impugnazione, merita di essere ulteriormente censurato anche avendo riguardo **al criterio generale del *contrariusactus*.**

Sul punto, infatti, è principio ben noto che, per l'emanazione di un provvedimento di ritiro, devono essere usate le stesse forme e la medesima procedura seguite nell'adozione dell'atto da annullare o da revocare. (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1937, n. 91).

Ebbene, così non è stato per il Comune di Monte Argentario.

Si segnala, infatti, che il rilascio della Concessione, così come quello del successivo Atto Suppletivo, sono correttamente avvenuti nell'adempimento delle prescritte formalità pubblicitarie e con il conseguimento del parere favorevole degli organi tenuti a partecipare alla relativa istruttoria.

Ed in particolare:

- 1- **Il Ministero della Marina Mercantile**, risulta dalle premesse dell'atto di concessione aver autorizzato la stipula dell'atto di concessione, determinato il canone di locazione annuo, aver disposto di concerto con il Ministero delle Finanze la riduzione del canone per la porzione di area destinata a cantiere, aver autorizzato la stipulazione della cauzione, aver concesso nulla osta per la proroga di un anno dal termine previsto per l'ultimazione dei lavori concernenti la realizzazione dell'approdo

- 2- **L'Ufficio del Genio Civile per le opere Marittime di Roma**, risulta dalle premesse dell'atto di concessione aver espresso parere favorevole al progetto generale, aver espresso parere favorevole per la costruzione del molo sopraflutto e sottoflutto, aver espresso parere favorevole per l'esecuzione dei lavori di dragaggio, aver restituito debitamente vistati alcuni elaborati, aver espresso parere favorevole sull'esecuzione dei pontili di attracco, aver espresso parere favorevole all'esecuzione del muro paraonde, aver espresso parere favorevole , aver operato diverse visite di collaudo, aver espresso parere favorevole sulle varianti al progetto originario, aver espresso parere favorevole sulla variante attacco del molo sopraflutto con il monte Filippo, aver espresso parere favorevole all'esecuzione dell'impianto fognature, , aver espresso parere favorevole sulle varianti dell'approdo, aver vistato gli elaborati di progetto esecutivo dello schema dell'impianto di fognature dell'approdo, aver espresso parere favorevole delle opere relative alla sistemazione dei fossi dei molini e Boccadoro
- 3- **L'Intendenza di Finanza di Grosseto** ha espresso parere favorevole sull'ammontare del canone determinato in via provvisoria
- 4- **L'istituto idrografico della Marina Militare** ha espresso parere favorevole per quanto di sua competenza
- 5- **La circoscrizione doganale di Livorno** ha espresso parere favorevole per quanto di sua competenza
- 6- **L'Ufficio del Medico Provinciale di Grosseto** ha espresso parere favorevole per quanto di sua competenza
- 7- **Il comando zona Fari e Segnalamento marittimo Alto Tirreno di La Spezia** ha stabilito la segnaletica marittima
- 8- **La Soprintendenza ai Monumenti per le Province di Siena** risulta dalle premesse dell'atto di concessione aver espresso parere favorevole in merito alla banchina di Monte, aver espresso parere favorevole sulla variante attacco del molo sopraflutto con il Monte Filippo; Filippo, sistemazione della scarpata e relativo muro di sostegno.
- 9- **Il Ministro delle infrastrutture e trasporti** risulta dalle premesse dell'Atto Suppletivo che in data 12 novembre 2007 ha ritenuto legittima ed ammissibile la richiesta di altri trent'anni di durata della concessione ed ha autorizzato la predisposizione della bozza di atto suppletivo, in data 1 febbraio 2008 ha ritenuto di dover assicurare la continuità dell'azione amministrativa e di garantire la leale collaborazione tra istituzioni, autorizzando la stipula dell'atto.
- 10- **La Conferenza paesaggistica tenutasi presso la Direzione Urbanistica e delle Politiche abilitative della Regione- Toscana- Settore Tutela, Riquilificazione e Valorizzazione del Paesaggio-** risulta dalle premesse dell'Atto Suppletivo che ha dichiarato concluso con esito positivo il procedimento di approvazione delle varianti ai fini dell'Atto Suppletivo.

11- **Il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Toscana- Umbria** risulta dalle premesse dell'Atto Suppletivo che ha espresso il proprio parere favorevole in linea tecnica e ha ritenuto che la rideterminazione del periodo di prolungamento trova fondamento sulle spese inerenti gli interventi di miglioria e di adeguamento.

Ed invece, nell'emanazione del provvedimento di annullamento da parte del Comune di Monte Argentario vi è stato un totale inadempimento delle prescritte formalità pubblicitarie, anche e perfino nei confronti di tutti questi soggetti pubblici che avevano partecipato all'atto di primo grado.

Il procedimento di annullamento ed i relativi avvisi, infatti, sono stati rivolti esclusivamente alla Società Marina Cala Galera.

Quanto rappresentato sta, dunque, a significare che da parte del Comune di Monte Argentario non vi sia stato alcun rispetto delle condizioni procedurali e motivazionali prescritte da un **corretto esercizio del potere di autotutela**, che - come ben noto - rappresentando un'attività di secondo grado incidente su situazioni giuridiche medio tempore consolidate, avrebbe dovuto essere astretto a vincolanti limiti applicativi, tra cui la partecipazione ineludibile degli stessi soggetti che hanno partecipato all'emanazione dell'atto revocando.

In altri termini, un atto che era stato adottato dal Comune nel 2017 tenendo in considerazione i pareri tecnici di diversi esperti e nel bilanciamento degli interessi che involgevano tutti i livelli di amministrazione, da quello centrale a quello comunale, è stato revocato da quello stesso Comune, in totale autonomia, avendo riguardo solo ad un interesse che a questo punto si può osare definire individuale.

b) Illegittimità dell'atto per violazione di adeguata istruttoria e dell'obbligo di adeguata motivazione. Motivazione Insufficiente, incongrua ed illogica. Violazione degli artt. 3, 6 e 7 della L.241/90.

In secondo luogo è doveroso considerare che il provvedimento posto al vaglio dell'Ill.mo Collegio è stato motivato da parte del Comune, avendo riguardo prevalentemente alla necessità di tutela del **diritto alla concorrenza**: l'obiezione di fondo mossa riguarda l'incompatibilità dell'atto suppletivo di rideterminazione, volta al prolungamento della durata del titolo concessorio *“con i principi nazionali ed europei in tema di concorrenza”*.

Ebbene, come sarà certamente noto, l'esigenza di procedere all'assegnazione di beni pubblici tramite regole di tutela della concorrenza trova principale fondamento sia nella Direttiva Servizi

2006/123/CE, c.d. Direttiva Bolkestein, che nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE – con particolare riferimento all'art.49.

Sul punto, tuttavia, in disparte la differenza, non solo terminologica, tra una “proroga automatica” ed una “rideterminazione del termine di durata” - già ampiamente argomentata nel ricorso principale - sembra opportuno operare delle precisazioni proprio in relazione alla corretta applicazione del principio di concorrenza nell’ambito delle concessioni demaniali.

Innanzitutto, al fine di confutare sul piano giuridico oltre che fattuale l’equivoco in cui è incorsa l’Amministrazione Comunale è necessario chiarire che la Corte di Giustizia, nella più nota delle sentenze intervenute sul tema (**14 luglio 2016, n.C-458/14**), nel sostenere che **“la proroga automatica non possa essere giustificata né con la necessità di tutelare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni, né con l’esigenza di ammortizzare gli investimenti effettuati dai concessionari e di preservarne l’equilibrio finanziario”** ha inteso riferirsi **ESCLUSIVAMENTE alle ipotesi in cui un affidamento di questo tipo venga invocato a sostegno DI UNA LEGGE DELLO STATO APPLICATA INDISCRIMINATAMENTE A TUTTE LE CONCESSIONI IN ESSERE.**

Ne deriva che, in una prospettiva rovesciata, nulla impedisca che un prolungamento di concessione si possa fondare **sulla tutela del legittimo affidamento, sulla base di una valutazione operata caso per caso, che consenta di dimostrare che il titolare della concessione poteva lecitamente aspettarsi il rinnovo della stessa e che per questo ha effettuato degli investimenti.**

Del resto, lo stesso art. 12, paragrafo 1 e 2 della Direttiva 2006/123 riconosce margini di discrezionalità allo Stato, e dunque per il Suo tramite alle amministrazioni comunali oggi titolari del relativo potere, **in merito alle valutazioni, puntuali, che devono essere prese di riferimento caso per caso, nel bilanciamento di tutti i contrapposti interessi.**

In quest’ottica, si ritiene (senza con ciò volersi sostituire al compito del Collegio giudicante) che un valido esercizio del potere di autotutela, avrebbe richiesto un accertamento completo della situazione fattuale, la ponderazione di tutti gli interessi rilevanti coinvolti, nonché una completa esternazione delle ragioni della propria scelta.

TUTTE ATTIVITA’ CHIARAMENTE OMESSE DA PARTE DEL COMUNE DI MONTE ARGENTARIO.

E’ indubbio, infatti che la tutela del bene della concorrenza – il quale nella specie assurge a rango di interesse pubblico perseguito con l’atto di autotutela - avrebbe presupposto un’attività istruttoria e dunque un’indagine comparativa sui risultati più efficienti ed efficaci ricavabili dall’affidamento del relativo bene demaniale ad una determinata società piuttosto che ad un’altra.

In termini più esemplificativi, il Comune di Monte Argentario, prima di asserire un’apodittica esigenza di tutela della concorrenza a scapito della tutela del legittimo affidamento, avrebbe dovuto

effettuare **uno studio di settore**, o almeno delle **indagini di mercato**, così da poter individuare concretamente il “motivo di interesse generale” a sostegno dell’apertura al mercato nel caso di specie.

Ed invece.... il Comune di Monte Argentario si è limitato, non solo ad asserire apoditticamente in motivazione la priorità della tutela del bene della concorrenza, ma per di più, ha tentato di giustificare tale esigenza avendo riguardo ad una **presunta richiesta di assegnazione del bene demaniale che sarebbe intervenuta nel lontanoda parte della S.r.l. Lara Consulting.**

A tal uopo, occorre far presente che, dalle ricerche effettuate– attraverso strutture specializzate - su incarico di COMITAS e dei soci(<https://www.youtube.com/watch?v=tZd6ULhXSPw>) è emerso che in palese contrasto con l’art. 172 del codice degli appalti, la società cui fa riferimento il Comune quale presunta concorrente, sembrerebbe del tutto priva dei requisiti di capacità di eseguire una concessione del valore di molti milioni di Euro, avendo un capitale sociale (come si evince dalle risultanze in atti) di SOLI 10.000 Euro !

Sembra allora più che lecito domandarsi: ma davvero si può ritenere che IN PRESENZA DI TALI CONDIZIONI DI INSTABILITA’ ECONOMICA DEGLI ALTRI POTENZIALI CONCESSIONARI IL **LEGITTIMO AFFIDAMENTO RADICATOSI NELLA SOCIETA’ MCG E NEI SOCI TUTTI PER OLTRE 2 ANNI POSSA ESSERE SACRIFICATO SULL’ALTARE DELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA?** Davvero **in assenza di alcuna ragione posta a sostegno delle priorità di tutela del bene della concorrenza, senza alcuna verifica del contesto economico e di valore di mercato del canone**, è lecito superare il vincolo della tutela del “legittimo affidamento del privato”, che, come meglio si dirà nel prosieguo, assurge egualmente a rango di principio primario del diritto comunitario? Ed ancora: a mente dell’art. 37 comma 2 Cod. Nav. l’apprezzamento economico della concessione, e dunque la sua valutazione secondo termini di proficuità, non richiede forse che nell’ipotesi di più domande di concessione venga preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione? Non di meno, infatti, nella secolare giurisprudenza del Consiglio di Stato si trova frequentemente l’affermazione che “il potere di annullamento d’ufficio discende da un principio generale dell’ordinamento rivolto a soddisfare esigenze di economia” Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1937, n. 91.

Molte dunque le domande che di certo non hanno trovato compiuta risposta nella motivazione del provvedimento oggi impugnato, come invece sarebbe dovuto accadere!

Ciò sta a significare che, seppure l’interesse pubblico alla rimozione dell’atto fosse (erroneamente) fatto coincidere con una pretesa violazione dei principi di concorrenza – come pare aver fatto l’Amministrazione comunale - in ogni caso ci troveremmo di fronte ad una motivazione carente ed

irragionevole, nonché ad un palese difetto di istruttoria in chiara violazione degli artt. 3, 6 e 7 della legge sul procedimento amministrativo.

c) la valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione. VIOLAZIONE ART. 12 PAR 3 DIR. 2006/123/UE; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO.

Ancora, occorre evidenziare che, secondo vicende argomentative ormai note, **la pubblica amministrazione, nell'espletare il proprio potere di riesame, è tenuta ad occuparsi dei pregiudizi che possono venirsi a determinare nei confronti dei privati che hanno legittimamente fatto affidamento sulla situazione giuridica determinata dal provvedimento di primo grado.** Siffatte pretese trovano consistenza nel c.d. **principio del legittimo affidamento, che**, trova costante applicazione da parte dell'agiurisprudenza amministrativa ed espresso riconoscimento della Corte di Giustizia Europea come "parte del diritto comunitario".

Sebbene nel nostro ordinamento non si faccia espressa menzione all'affidamento, in verità, seppur indirettamente, si ravvisa una certa, ma non piena, tutela del principio in argomento: è il caso dell'art. 21 nonies della L. 241/1990 laddove afferma che l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo possa avvenire per ragioni di interesse pubblico, ma solo se esercitato entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Quindi, attraverso un esercizio ermeneutico, si può sostenere che è vietato annullare un provvedimento amministrativo favorevole al privato, laddove, per il decorso del tempo, si siano consolidate situazioni giuridiche e si siano realizzati effetti positivi tali da far ritenere ingenerato, in capo ai destinatari del provvedimento, un legittimo affidamento.

Il legittimo affidamento, nel nostro ordinamento, viene infatti ricondotto alla clausola generale della buona fede, quale dovere che si impone alle persone fisiche o giuridiche, private o pubbliche, di comportarsi lealmente nel compimento di atti capaci di riverberare i loro effetti nella sfera giuridica altrui, così da determinarne il minor sacrificio, in applicazione del criterio di solidarietà sociale di cui all' art. 2 Cost (*ex multis* Cass. n. 22819/10).

Ancora, più nello specifico, la direttiva 2006/123/UE -in cui ricade la disciplina delle concessioni demaniali (*"la direttiva intende infatti riunire nello stesso significato di "autorizzazione" tutti i tipi di atti amministrativi ivi compresi gli atti concessori"*)- pur ponendo come regola la messa a gara delle concessioni, prevede all'art. 12 par 3 un'espressa eccezione per le ipotesi di motivi imperativi

d'interesse generale, tra cui, a mente della stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia non può non rientrare il principio della tutela del legittimo affidamento¹.

Nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, dunque, il principio del legittimo affidamento è finalizzato a tutelare proprio la posizione del soggetto che subisce un pregiudizio a causa di un intervento dei pubblici poteri, capace di frustrare un'aspettativa, che si può definire legittima in quanto ingenerata- si passi l'espressione - da uno stesso *factum principis*.

Come rileva autorevole dottrina, il principio costituisce un criterio regolativo del confronto tra due esigenze fondamentali: da un lato la certezza delle regole che presiedono all'agire della p.a. e, dall'altro, la tutela dell'equo trattamento del singolo nel caso concreto.

Alla luce di quanto rappresentato sembra perciò chiaro che il principio in parola dovrebbe costituire SEMPRE un canone essenziale del modo di manifestarsi del potere e del rapporto tra autorità e libertà e dovrebbe conseguentemente orientare l'Amministrazione a tutelare l'interesse del privato, perfino in presenza di un atto illegittimo.

Questo dunque il paradosso: il provvedimento comunale oggi gravato, non prendendo minimamente in considerazione la stabilità degli interessi delle parti, né giustificandone in alcun modo la compromissione, si pone in chiara violazione tanto del generale principio del legittimo affidamento, quanto, nello specifico, della Dir. 2006/123/UE, arrecando così un *vulnus* proprio alla tutela di quei principi comunitari che mirava a garantire.

d) Nullità del provvedimento impugnato per mancanza di un elemento essenziale: la volontà.

Infine, per questioni di completezza espositiva, appare doveroso censurare l'invalidità del provvedimento anche sub. specie di nullità in ragione della carenza dell'elemento della volontà.

Procedendo con ordine, com'è noto, l'art. 21 *septies* della L.241 del 1990 stabilisce che un provvedimento è nullo qualora venga a mancare uno degli elementi essenziali dello stesso, quali, la volontà, la causa, l'oggetto e la forma.

E' indubbio, infatti, che come ha avuto occasione di osservare anche la giurisprudenza amministrativa, la norma in esame rimanda implicitamente all'art. 1418 c.c., in tema di nullità del contratto per mancanza dei requisiti essenziali. (In tal senso Cons. Stato 4522/2008 secondo cui "*in mancanza di una precisa indicazione nell'art. 21 septies degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, la cui assenza comporta la nullità dello stesso, per la loro identificazione è necessario fare riferimento alle nozioni di derivazione civilistica*".)

¹ Cfr. Lagederla *proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, in *Giustizia amministrativa*, secondo cui rappresenta un motivo d'interesse generale l'affidamento legittimo in cui è incorso il richiedente nelle ipotesi in cui "*poteva aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e aveva fatto i relativi investimenti*".

Ora, **in tema di volontà**, era Giannini ad insegnare **che questo requisito**, con riferimento al procedimento amministrativo, deve intendersi come volontà procedimentalizzata, per cui, “se la volontà dell’ente emanante l’atto finale è deviata, perché ad esempio vuole porre in essere condotte criminose, allora viene a spezzarsi il nesso d’immedesimazione organica, con conseguente nullità del provvedimento finale per difetto di volontà.”

Orbene, nel caso posto all’odierna attenzione del Collegio, il Comune di Monte Argentario, concedendo prima e revocando poi l’atto suppletivo di rideterminazione del termine, in assenza di qualsivoglia basilare norma di trasparenza (né una comunicazione ai soci, né una pubblicazione, né una notizia di stampa) ha posto in essere una condotta che, se si dovesse ritenere integrato anche l’elemento del dolo, sarebbe sussumibile nelle fattispecie criminose previste e punite dagli artt. 2637 c.c. e 501 c.p.

Ecco cosa è accaduto infatti tra il 25 Maggio 2017 ed il Novembre del 2018: coloro i quali erano a disposizione dell’informazione della prossima revoca dell’atto suppletivo di concessione sono stati messi nelle condizioni di vendere le azioni societarie ad ottimo prezzo, chi non era a conoscenza e confidava legittimamente sull’estensione della concessione sino al 2050 si è invece determinato ad acquistare a prezzi alti. E’ chiara la compromissione del bene alla stabilità del mercato!

Per queste ragioni, il Comitass, in qualità di ente esponenziale degli interessi incisi dal comportamento manipolativo in esame, ha ritenuto opportuno sottoporre la questione alle competenti Autorità Giudiziarie.

Va da se dunque, che qualora si dovesse accertare che il provvedimento amministrativo si è formato in un ambiente di collusione penalmente rilevante, lo stesso sarebbe affetto da nullità per carenza dell’elemento essenziale della volontà, venendo meno l’imputabilità dell’atto alla p.a. per interruzione del rapporto organico ex art. 28 Cost. Infatti, se la volontà di adottare un determinato provvedimento si è formata in violazione dei principi sanciti dall’art. 97 Cost, non può dubitarsi che il procedimento formativo della volontà dell’organo è abnorme, al limite dell’inesistenza, e dunque non ha titolo ad impegnare l’ente (Tar, Sicilia, Catania, n. 2166/2015).

Pertanto, alla luce di quanto esposto, voglia codesto I.II.mo Tar accertare e dichiarare la nullità del provvedimento impugnato.

Sul punto si formula istanza istruttoria al fine di acquisire presso la Camera di Commercio Maremma e Toscana l’elenco delle transazioni di titoli della società Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.a. effettuate tra il 25 Maggio 2017 ed il 26 Novembre 2018

P.Q.M

Si chiede all'Ecc.mo T.A.R. adito per i motivi di cui in premessa, ogni contraria eccezione, deduzione ed istanza reietta, l'accoglimento del ricorso principale ed a tal fine di essere ascoltati all'udienza di merito fissata per il giorno 18 Giugno 2019.

Vinte le spese

Roma – Firenze, 10 Maggio 2019

Avv. Prof. Carlo Rienzi

Avv. Paolo Sanchini

Avv. Gino Giuliano

Avv. Vincenzo Rienzi

Avv. Selene Silvino