ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sezione V

MEMORIA

nell'interesse del , in persona del Sindaco *pro tempore*, Sig. Francesco Borghini;

NEL RICORSO IN APPELLO PROPOSTO CONTRO

, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

E NEI CONFRONTI DI

in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*;

NONCHE' DI

-
-
-
-

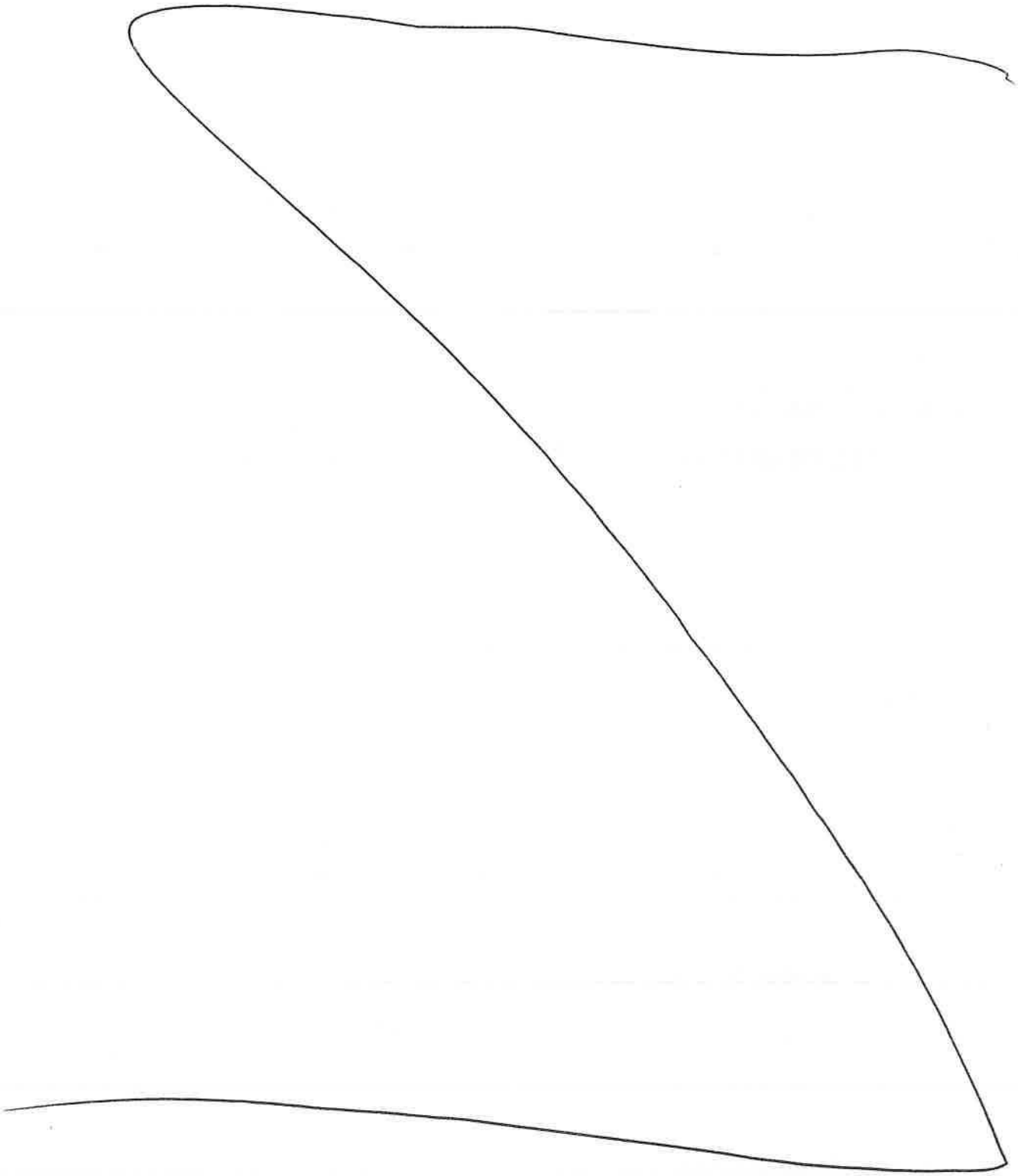
, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

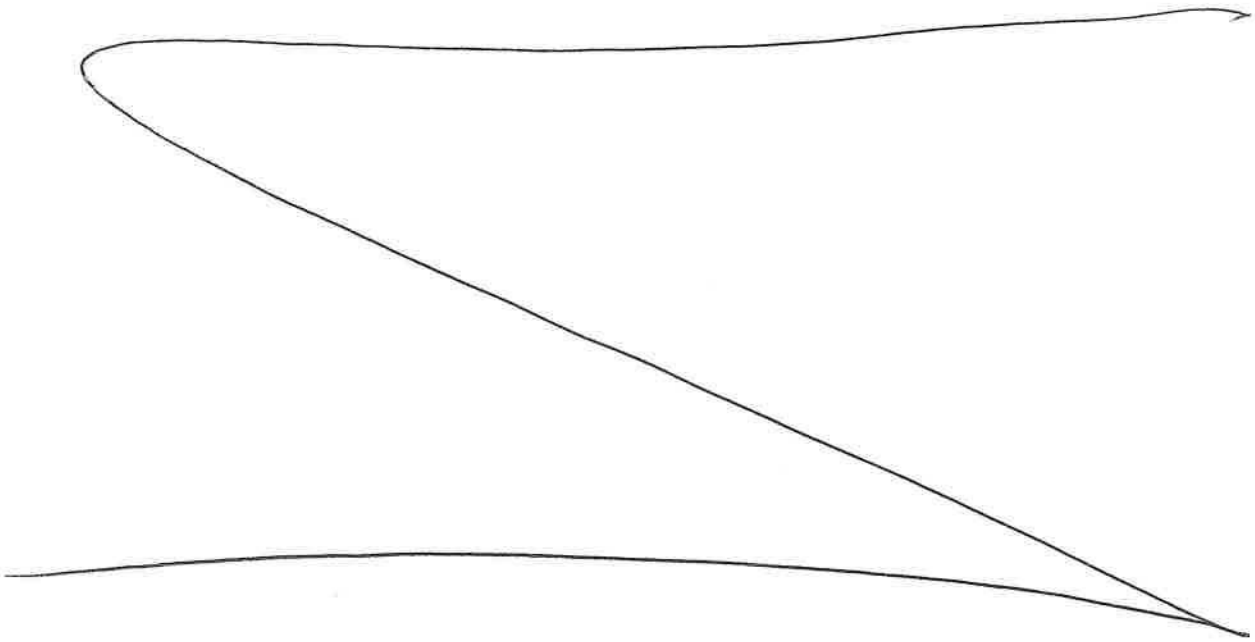
in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- I , in persona dei rispettivi legali rappresentante *pro tempore*;

in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- , in persona del legale rappresentante *pro tempore*;





NONCHE' DI

, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

DANDONE NOTIZIA A

, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

(Ricorso n. 8456/2019 – Camera Cons. 28 novembre 2019)

* * *

FATTO

Sono noti all'Ecc.mo Consiglio di Stato adito i fatti di causa, come rappresentati dal Comune d nell'atto introduttivo del presente giudizio, che in questa sede si richiama integralmente.

Con atto depositato l'8 novembre 2019 si è costituita in giudizio , la quale, riservandosi di replicare con apposita memoria sui profili di illegittimità dedotti nell'atto di appello, ha riproposto, *ex* art. 101 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, le censure articolate nel ricorso di primo

grado, che il Tar Toscana ha dichiarato assorbite.

*

Le doglianze riproposte dalla Società odierna appellata si rivelano del tutto infondate e meritano, pertanto, di essere disattese per i seguenti motivi in

DIRITTO

I. *Sulla infondatezza del primo motivo del ricorso di primo grado*.

I.1 Nel primo motivo del ricorso proposto dinanzi al Tar Toscana, la Società odierna appellata, oltre a lamentare che il provvedimento del Comune prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018 sarebbe stato adottato in violazione dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, in quanto assunto oltre il termine di 18 mesi ivi previsto per l'utile esercizio del potere di annullamento in autotutela, asseritamente decorrente dalla data di adozione della Determina Dirigenziale n. 345/2017 (8 maggio 2017), non dalla data di stipula dell'atto suppletivo (25 maggio 2017) – unico profilo, questo, delibato dal Giudice di prime cure – ha dedotto che, in ogni caso, detto provvedimento sarebbe stato assunto "*oltre un 'ragionevole termine', che l'art. 21-nonies della L. n. 241/1990 indica come primario riferimento temporale entro cui deve limitarsi l'esercizio del potere di riesame.*

Si è osservato, in proposito, che l'indicazione normativa di un termine massimo risponde ad un criterio sostanziale di ragionevolezza e di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati che deve ritenersi sostanzialmente eluso ove l'amministrazione si riduca all'ultimo giorno utile, avviando il procedimento in autotutela a due settimane dalla scadenza. Non può, infatti, ritenersi legittimo l'esercizio del potere di

annullamento in autotutela di un determinato atto, per il sol fatto del rispetto dell'indicato termine di 18 mesi, dovendosi, comunque, pena una violazione degli artt. 2 e 97 Cost., tener conto anche delle peculiarità del caso concreto e dovendosi accertare, detta ragionevolezza, con particolare rigore quando detto potere venga esercitato su atti attributivi di utilità giuridiche o economiche ...

Nella specie, neppure in via di mera ipotesi si sarebbe potuto sostenere, anche ove non si fosse ritenuto spirato l'indicato termine perentorio, la ragionevolezza del termine di esercizio del potere di autotutela, ove si fossero considerate le concrete circostanze che avevano condotto alla rideterminazione della durata della concessione demaniale, in esito ad un'istruttoria protrattasi per oltre dieci anni, nel corso della quale era stata reiteratamente vagliata la fondatezza della correlativa istanza" (cfr. pagg. 7 e seguenti atto di costituzione).

Tali argomentazioni non sono condivisibili.

I.2 E' pur vero, come afferma controparte, che il provvedimento di rideterminazione della durata della Concessione – oggetto dell'atto di annullamento in via di autotutela – è stato adottato "*in esito ad un'istruttoria protrattasi per oltre dieci anni*".

E' parimenti vero, tuttavia, che – come rappresentato nell'atto introduttivo del presente giudizio – nel corso di siffatta istruttoria, l'istanza formulata dalla Società nel 2007 è stata a più riprese qualificata, sia dalle competenti Autorità coinvolte nel procedimento (lo stesso Ministero, il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Toscana-Umbria, la Capitaneria di Porto), sia dal Giudice Amministrativo adito dalla Società medesima per ottenere

l'accertamento del proprio diritto a conseguire la proroga della Concessione (vds. sentenze Tar Toscana, Sez. III, 30 settembre 2009, n. 1488 e 30 gennaio 2012, n. 172), quale richiesta di proroga *ex* art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 509/1997, ai sensi del quale "*Gli atti di concessione in vigore alla data del 1° gennaio 1990 possono essere prorogati, ferma restando ogni altra condizione della concessione, su istanza del concessionario, qualora risulti che questi non abbia potuto realizzare, per fatti a lui non addebitabili, opere o parti sostanziali delle opere previste ovvero qualora si rendano necessari nuovi interventi finalizzati all'adeguamento delle strutture portuali o al mantenimento della loro funzionalità*".

Ciò sino a quando il Comune, in considerazione di quanto riportato in un parere legale richiesto in merito alla relazione economico-finanziaria giurata alla stesso trasmessa dalla Società – parere nel quale si dava atto che la richiamata relazione non sembrava essere stata elaborata "*solo per consentire di verificare la correttezza (o la non correttezza) di un eventuale errore originario di calcolo dei costi che sarebbero occorsi, errore che fosse in ipotesi stato compiuto al momento della determinazione della durata cinquantennale della concessione n. 427 del 1977, ma anche per dare conto di maggiori costi (o maggiori investimenti) non direttamente connessi al progetto originario approvato (o non soltanto ad esso) ma ad 'investimenti' successivi, già realizzati o ancora da realizzare*" – con nota prot. n. 9156 del 19 aprile 2017 ha invitato la Società medesima a chiarire la natura dell'istanza formulata il 5 aprile 2007, precisando se la stessa fosse "*stata inviata quale rideterminazione della durata della concessione demaniale marittima n.*

427 del 23/5/1977 oppure si riferisce a richiesta di proroga".

MCG ha riscontrato tale richiesta con nota prot. n. CDA/cda17.04.33, datata 21 aprile 2017, rappresentando per la prima volta che "*la propria richiesta era ed è rivolta alla sola rideterminazione della durata dell'atto di concessione*".

E' solo al momento del ricevimento della richiamata comunicazione, pertanto, che il Comune ha preso atto della volontà della Società di conseguire la mera rideterminazione della durata della Concessione, non la proroga della stessa, come invece più volte rappresentato dalla Società medesima nel corso dell'attività istruttoria precedentemente svolta, riferita, per l'appunto, ad un'istanza diversamente qualificata.

I.3 Posto quanto sopra, deve rilevarsi che, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza – la quale, nel sancire tali principi, ha aderito alle statuizioni contenute nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017 – "***il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e ..., in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro***" (Tar Campania, Sez. II, 13 giugno 2019, n. 3205; cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 2 novembre 2019, n. 7476; Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6760; Tar Campania, Sez. II, 1° ottobre 2019, n. 4672; Tar Molise, Sez. I, 5 marzo 2018, n. 111; Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 8 febbraio 2018, n. 165).

Ebbene, si è rappresentato nel ricorso in appello che l'Amministrazione

comunale si è determinata a procedere all'annullamento d'ufficio dell'atto suppletivo precedentemente concluso con MCG **in ragione di quanto riscontrato al termine del riesame che i nuovi organi, insediatisi in esito alle elezioni comunali celebrate a giugno 2018, hanno ritenuto di dover effettuare in merito ai dati forniti dalla Società ai fini dell'ottenimento del richiamato atto**, riesame reso opportuno, tra l'altro, dalla particolare rilevanza del complesso portuale *de quo* e dalla conseguente necessità di assicurarne la migliore valorizzazione economica e la più proficua gestione, nell'esclusivo interesse pubblico.

Si rammenta, infatti, che con l'atto suppletivo oggetto del provvedimento di ritiro impugnato in primo grado da MCG, la Concessione era stata prolungata alle stesse condizioni già in essere, nonostante fossero trascorsi 40 anni dalla stipula dell'Atto di concessione e, soprattutto, nonostante il mercato di riferimento fosse profondamente mutato, **tra l'altro con notevole incremento del valore delle concessioni demaniali marittime aventi ad oggetto il turismo della nautica da diporto**.

I.4 Soltanto in forza delle risultanze di tale nuova verifica il Comune ha potuto constatare che la rideterminazione della durata della Concessione era stata disposta – lo si ribadisce, dalla "precedente" Amministrazione comunale – **in assenza dei necessari presupposti**, rilevando che, contrariamente a quanto rappresentato dalla Società nel corso del procedimento istruttorio, gli importi dalla stessa dichiarati a giustificazione della pretesa rideterminazione del termine finale della Concessione non afferivano ai soli maggiori costi effettivamente

sostenuti dalla medesima Società per i lavori di costruzione dell'approdo turistico, ma riguardavano soprattutto investimenti realizzati da sul bene **successivamente** al 1974 – anno in cui i lavori sono stati ultimati – e sino al 2006.

Ne conseguiva che l'istanza avanzata dalla stessa non poteva essere qualificata quale istanza di mera rideterminazione della durata della Concessione, dovendo, piuttosto, configurarsi quale istanza di proroga della Concessione stessa, da cui il necessario assoggettamento al confronto concorrenziale con le istanze concorrenti *medio tempore* pervenute da parte di altri operatori del settore, ai sensi del D.P.R. n. 509/1997.

I.5 Alla luce delle considerazioni che precedono, non può non osservarsi che, diversamente da quanto pretende di sostenere la difesa avversaria, nella fattispecie in esame la ragionevolezza del termine di esercizio del potere di autotutela non va valutata tenendo conto dell'intero *iter* istruttorio avviato a seguito della presentazione dell'istanza da parte della Società nel 2007, bensì assumendo quale parametro temporale di riferimento il momento – come detto, individuabile non prima del **giugno 2018** – in cui l'Amministrazione comunale ha acquisito conoscenza dei fatti e delle circostanze poi posti a fondamento dell'atto di ritiro.

Dal che deriva che, essendo tale ultimo atto datato **26 novembre 2018**, lo stesso non può che ritenersi *adottato* ***entro un termine ragionevole***, e ciò anche in considerazione della evidente complessità della vicenda in questione, nonché della peculiare natura del rapporto concessorio quale rapporto di durata.

Invero, sotto il primo profilo, è pacifico che "***la ragionevolezza del termine di cui all'art. 21 nonies, 1. n. 241, cit., entro cui può essere annullato d'ufficio un provvedimento amministrativo, va valutata in concreto tenendo in debito conto il grado di complessità***" **della fattispecie** oltre che degli interessi coinvolti nella vicenda (Tar Campania, Sez. II, 23 novembre 2018, n. 6777; cfr. anche Tar Lazio, Latina, Sez. I, 24 maggio 2012 n. 399; Tar Lombardia, Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 115).

In merito alla peculiarità del rapporto concessorio, la giurisprudenza ha chiarito che la qualificabilità dello stesso quale rapporto di durata, destinato a protrarsi nel tempo, è idonea ad incidere anche sulle modalità di esercizio di eventuali poteri di secondo livello, rilevando, in particolare, che "*il decorso del termine, il quale di per sé contribuisce al consolidamento della posizione del privato ed alla perdita dell'attualità dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento, non può essere considerato in assoluto, occorrendo guardare al profilo dell'efficacia del provvedimento, in quanto è evidente che* ***l'efficacia permanente, o comunque ancora non esauritasi, dell'atto esalta l'interesse all'eliminazione, onde evitare il prodursi di ulteriori effetti****, laddove, al contrario, l'efficacia istantanea dell'atto (quand'anche da esso derivino conseguenze permanenti) richiede una più accurata valutazione della ragionevolezza del termine di esercizio del potere, e dunque della prevalenza dell'interesse pubblico*" (Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6084).

Già sotto tali profili, pertanto, le deduzioni avversarie non risultano meritevoli di accoglimento.

* * *

II. *Sulla infondatezza del secondo motivo del ricorso di primo grado*.

II.1 Con le doglianze contenute nel secondo motivo del ricorso di primo grado – riproposte nel presente giudizio – viene dedotta l'insussistenza dei profili di illegittimità dell'atto suppletivo stipulato tra il Comune e [redacted] il 25 maggio 2017, sulla scorta dei quali, con il provvedimento impugnato dinanzi al Tar Toscana, l'Amministrazione comunale ha disposto l'annullamento in via di autotutela dell'atto medesimo.

In particolare, controparte, dopo avere rappresentato che detto provvedimento "*muove dall'assunto secondo cui, a sostegno della rideterminazione della durata della concessione, non si sarebbe tenuto conto dei pareri legali all'uopo acquisiti, in base ai quali tale rideterminazione sarebbe dovuta avvenire sulla base dei soli costi sostenuti per la realizzazione del porto al 1974, in quanto sarebbero stati considerati 'tutta una serie di spese sostenute dal 1980 al 2006'*", asserisce che "*sono gli stessi atti amministrativi richiamati dal Comune a confermare che quest'ultimo, lungi dal non considerare … i contenuti dei pareri legali da ultimo acquisiti (rispettivamente in data 10 febbraio 2017 e 4 aprile 2017), vi si è invece interamente conformato, considerando, ai fini della rideterminazione della durata della concessione demaniale, solo ed esclusivamente i costi occorsi per l'investimento iniziale, resosi necessario per la realizzazione del porto, sino alla conclusione dei lavori nel 1974 e non invece 'tutta una serie di spese sostenute dal 1980 al 2006 per un totale di euro 5.267.036,22' che, semmai, avrebbero dovuto essere considerate*

dall'Amministrazione come elemento caratterizzante la diligenza del concessionario, il quale ha inteso contribuire in modo significativo alla valorizzazione del bene demaniale.

La rideterminazione della durata della concessione demaniale, infatti, è avvenuta unicamente sulla scorta del maggior costo sostenuto per l'esecuzione del progetto originario, documentato in euro 1.549.371,00 e quindi del 70,45% in più rispetto al costo stimato ex ante. Tale investimento avrebbe giustificato, invero, una durata della concessione pari ad almeno 84 anni, ciononostante l'estensione temporale è stata ricondotta per difetto ad 80 anni, e ciò senza neppure considerare la decorrenza retroattiva della concessione ..., circostanze, queste, tutte rilevate nella prima perizia acquisita agli atti del procedimento in data 11.11.2010" (cfr. pagg. 9 e seguenti atto di costituzione).

Anche tali assunti sono privi di fondamento.

II.2 Come rappresentato nel ricorso introduttivo del presente giudizio, nei pareri legali richiesti e acquisiti dal Comune al fine di vagliare la fondatezza dell'istanza formulata dalla Società nell'aprile 2007, viene dato atto del diverso procedimento che avrebbe dovuto essere attivato in esito all'istanza medesima, a seconda che la stessa fosse qualificabile quale istanza di proroga, ovvero quale istanza di mera rideterminazione della durata della Concessione.

In particolare, nel parere del 10 febbraio 2017, si legge che "*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.*

In questo senso, imponendosi una interpretazione adeguatrice, va a mio avviso inteso ed applicato anche l'art. 10 d.P.R. 509/1997.

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 …

Non è così per l'esame di e la pronuncia su una istanza di correzione di una concessione demaniale marittima rilasciata …

Se si adduce la necessità di nuove opere non prescritte come condizione per l'approvazione del progetto non si invoca un errore e non si chiede correzione. Ma se si adduce che si è compiuto un errore e che il medesimo errore connota anche l'atto dell'amministrazione che di tale errore non si sia avveduta si chiede che l'amministrazione (compiute le prescritte verifiche) corregga un proprio provvedimento e non già che ne emetta uno nuovo".

Analogamente, nel successivo parere datato 4 aprile 2017, viene evidenziato come sia "*radicalmente diverso il procedimento che il Comune deve seguire (e radicalmente diversi sono i presupposti dei due procedimenti) se esso è chiamato ad esaminare una domanda di correzione di un errore commesso in sede di rilascio della originaria concessione demaniale dall'Amministrazione allora competente … oppure, e per contro, se è chiamato ad esaminare una istanza di proroga della concessione in relazione … a nuovi, diversi e maggiori investimenti che il concessionario intenda liberamente (od anche che sia tenuto, per legge o per contratto, ad) effettuare*".

Infatti – si legge, ancora, nel citato parere – "*il primo procedimento è*

proprio e tipico del potere di autotutela (ius poenitendi o di secondo grado); il secondo procedimento è proprio e tipico dell'esercizio dei poteri di amministrazione attiva (di primo grado) e, in quanto preordinato a conferire benefici su un bene pubblico in un mercato economico contendibile, deve rispettare tutte le regole euro-comunitarie ed interne sull'attribuzione, su beni pubblici, di benefici economici (si tratti di beni o servizi)".

II.3 Ebbene, è di tutta evidenza che – come correttamente riportato nell'atto di ritiro impugnato – l'adozione dei provvedimenti prodromici alla stipula dell'atto suppletivo poi annullato, nonché la successiva formalizzazione di tale atto siano avvenute prescindendosi integralmente dal contenuto dei richiamati pareri legali, avendo infatti il Comune omesso di rilevare – **e ciò a causa della fallace rappresentazione dei fatti fornita da** – che gli asseriti maggiori costi sostenuti dalla Società e sottesi alla pretesa rideterminazione della durata della Concessione non erano connessi all'erronea quantificazione, in sede di elaborazione dell'originario progetto, delle spese relative alle opere di realizzazione del porto, bensì a successivi investimenti realizzati dalla Società medesima. **Donde l'impossibilità di procedere alla rideterminazione della durata della Concessione mediante stipula di un atto suppletivo con , la cui istanza, piuttosto, avrebbe dovuto essere sottoposta a idoneo confronto concorrenziale, unitamente alle concorrenti istanze di rilascio della Concessione *medio tempore* presentate da altri operatori economici interessati alla gestione del compendio portuale *de quo*.**

Si rammenta che, in sede di presentazione dell'istanza di rilascio della concessione, l'odierna appellata ha dichiarato, fornendo idonea documentazione a corredo (il progetto esecutivo e il computo metrico estimativo), che l'ammontare complessivo delle opere di costruzione dell'approdo turistico era pari a **Lire 1.760.003.408 (Euro 908.965,00)**; importo, questo, poi confermato in occasione della stipula dell'Atto di concessione, quando – stante l'avvenuta ultimazione delle opere – la quantificazione dei costi effettivamente sostenuti per la realizzazione delle stesse non poteva non essere certa e ben nota al Concessionario.

Il 5 aprile 2007 – a distanza di ben 30 anni dalla formalizzazione della Concessione e di quasi 40 anni dalla presentazione della domanda di rilascio del titolo concessorio – MCG ha presentato istanza di proroga della Concessione medesima, invocando a supporto asseriti maggiori costi sostenuti in ragione degli "*investimenti aggiuntivi negli anni*", degli "*ulteriori investimenti per opere a servizio dell'approdo turistico*", della "*costante ed onerosa manutenzione*", degli "*interventi effettuati per gli adeguamenti alla normativa degli impianti e delle strutture di pertinenza dell'approdo*" e degli "*aggiunti ulteriori oneri dovuti agli aumenti dei canoni*": **costi, dunque, evidentemente diversi e ulteriori rispetto ai costi di costruzione delle opere, come detto certi nella relativa quantificazione al momento di ultimazione dei lavori**.

Nel 2017, allo scopo di giustificare la *variata qualificazione giuridica dell'istanza precedentemente formulata* (da istanza di proroga *ex* art. 10 del D.P.R. n. 509/1997 a mera istanza di rideterminazione del termine finale della Concessione) – ciò per evitare l'avvio del confronto concorrenziale con le istanze *medio tempore* pervenute da altri

operatori del settore – la Società ha mutato prospettazione e, a tale fine, **fornendo una rappresentazione dei fatti volutamente artificiosa e, comunque, tale da indurre l'Amministrazione in errore sui presupposti dell'adottando provvedimento**, ha sostenuto che i maggiori costi sopportati – prima connessi, per espressa dichiarazione della stessa Società, ad investimenti dalla stessa realizzati sul bene negli anni successivi alla conclusione dei lavori – si erano rivelati frutto di un errato calcolo degli originari costi di costruzione.

Senonché, in sede di riesame dei dati e delle informazioni fornite dalla Società, il Comune ha potuto, come detto, accertare che i maggiori esborsi asseritamente sostenuti da alla data di conclusione dei lavori di realizzazione dell'approdo turistico (1974) non erano il risultato di un errore commesso nell'originario computo dell'importo di tali lavori, ma afferivano ad investimenti realizzati successivamente alla conclusione delle opere e sino al 2006.

II.4 Al riguardo, va evidenziato che, tanto nella relazione economico-finanziaria prodotta dalla Società il 30 ottobre 2010, quanto in quella prodotta il 27 marzo 2017, si legge che "*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*": è di tutta evidenza che solo in minima parte tale ultimo importo era riferibile agli esborsi sostenuti da al 1974 – anno in cui sono terminati i lavori di costruzione del porto – comprendendo, piuttosto, gli ulteriori investimenti realizzati dalla Società, di sua esclusiva iniziativa,

sul bene sino al 2006.

Ciò, peraltro, trova conferma nelle deduzioni articolate dai soggetti intervenuti *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado i quali, nel contestare l'illegittimità dell'atto di annullamento in autotutela impugnato dalla Società, fanno riferimento ai recenti incrementi dei canoni di locazione dei posti barca, asseritamente da ricondursi "*agli ingenti investimenti condizionanti il rinnovo della concessione*": **circostanza, questa, che comprova come la rideterminazione della durata della Concessione sia stata disposta in ragione degli investimenti realizzati da successivamente alla conclusione delle opere di costruzione del porto**.

II.5 Né, peraltro, può fondatamente sostenersi – come fa controparte – che è lo stesso legale a dare atto, nel parere datato 4 aprile 2017, di "*un incremento pari al 70,45% dei costi sostenuti* [c] *rispetto a quelli preventivati*".

L'estensore del citato parere, infatti, lungi dal riconoscere che i costi effettivamente sostenuti dalla Società per la costruzione del porto risultano superiori, in misura pari al 70,45%, rispetto a quelli originariamente stimati, si limita a rappresentare che nella relazione economico-finanziaria prodotta da il 27 marzo 2017 è indicato "*un (maggior) costo … per l'esecuzione del progetto originario … di euro 1.549.371,00 e quindi del 70,45% in più del costo stimato ex ante*", concludendo che l'Amministrazione comunale, "*se riconoscerà documentata e giustificata una iniziale maggiore spesa del 70,45% (ovvero della percentuale che risulterà documentata e giustificata) potrà, in via correttiva, stabilire un diverso termine finale della*

concessione".

Del resto, anche nel parere precedentemente reso il 10 febbraio 2017, lo stesso professionista aveva precisato di non avere "*competenza per esprimersi sulla effettiva configurabilità dei presupposti di fatto dichiarati per l'esercizio del potere correttivo e, quindi, neppure per l'indicazione dell'eventuale nuovo termine 'corretto'*".

II.6 A ciò si aggiunga, inoltre, che, come correttamente evidenziato nel provvedimento impugnato, la (apparente) divergenza tra l'importo originariamente stimato dalla Società per la realizzazione dei lavori *de quibus* – come detto, quantificato nel computo metrico estimativo prodotto a corredo dell'istanza presentata nel 1968 in Lire 1.760.003.408 (pari ad Euro 908.965,00) – e il valore dei presunti esborsi sostenuti alla data di ultimazione dei predetti lavori – pari a Lire 3.000.003.560 (e, dunque, ad Euro 1.549.373,00) – lungi dall'essere il risultato di un errore nell'originaria quantificazione dell'importo preventivato per l'esecuzione delle opere, non è altro che il frutto della attualizzazione di detto importo al 1974, anno in cui le opere stesse sono state portate a compimento.

Al riguardo, va disattesa la doglianza avversaria secondo cui tale "*affermazione ... costituisce una diversa ... motivazione del provvedimento impugnato, che risulta illegittimo, anche sotto tale profilo, per violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990*".

Invero, nel giungere alla predetta conclusione, l'Amministrazione comunale non ha individuato *nuove ragioni a base del provvedimento di riesame*, essendosi piuttosto limitata a specificare le ragioni per cui ha

ritenuto non accoglibili le controdeduzioni formulate dalla Società, chiarendo, in particolare, per quale motivo non fosse ravvisabile alcuna differenza tra i costi originariamente stimati e quelli successivamente indicati dalla stessa Società.

Del resto, se è vero che, al fine di poter considerare rispettati i principi e le norme in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, occorre che vi sia coerenza tra la motivazione 'annunciata' con l'avviso di avvio del procedimento (o, nel caso di provvedimento negativo, con la comunicazione delle ragioni ostative all'accoglimento della istanza) e la motivazione addotta a sostegno del provvedimento finale, è parimenti vero che siffatta coerenza presuppone "*un rapporto di **congruità** e di **aderenza** (Cons. Stato Sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2961; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 9 maggio 2014, n. 584), **non di identità**, tra gli elementi essenziali, in modo che, da un lato, il provvedimento finale non rappresenti un esito imprevedibile del procedimento come comunicato e, dall'altro, sussistano spazi per l'accoglimento delle risultanze istruttorie emerse (Con. St. Sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2961)*" (Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 23 aprile 2018, n. 936; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4284; Tar Campania, Salerno, Sez. I,14 maggio 2015, n. 1007).

Invero, la partecipazione procedimentale, garantita dagli artt. 7 e 8 della L. 7 agosto 1990, n. 241, "*parte dal presupposto della necessità di realizzare una formazione 'progressiva' del provvedimento definitivo, circostanza quest'ultima che comporta l'**impossibilità di sancire un'assoluta identità tra il contenuto dell'avviso e la decisione finale***.

Deve, allora, ritenersi come sia possibile che l'amministrazione possa emettere un provvedimento finale anche parzialmente diverso da quello preannunziato e, ciò, sulla base degli accertamenti e delle verifiche poste in essere nel corso dell'esplicarsi dell'attività istruttoria. Come ha rilevato un prevalente orientamento giurisprudenziale il limite delle diversità e delle differenze di contenuto tra atto di avviso e atto finale, ***integra una nozione di 'aderenza' non riferita all'integrità dei rispettivi contenuti****, perché così si renderebbe inutile l'intera fase partecipativa ed istruttoria, trasformando l'atto di avvio in un mero adempimento formale*" (Tar Veneto, Sez. II, 9 maggio 2014, n. 584).

II.7 Privo di pregio risulta, altresì, l'assunto avversario secondo cui "*Evidente è il vizio logico-giuridico del procedimento di attualizzazione adottato*" dal Comune: quest'ultimo "*avrebbe dovuto considerare che i costi originariamente stimati per la realizzazione del porto erano pari a lire 1.760.000.000, corrispondenti ad euro 908.964,14, come risulta dal 'computo metrico e stima', datato 4 aprile 1968 ed allegato all'istanza per l'ottenimento della concessione demaniale ..., mentre, la somma effettivamente spesa – il dato è incontroverso – è stata pari a lire 3.000.003.560, corrispondenti ad euro 1.549.370,70 ...*

Dunque, affinché, volendo seguire il ragionamento dell'Amministrazione comunale, si possa disporre di valori omogenei, atti a comprovare la legittimità, anche sotto questo profilo, della rideterminazione della maggior durata della concessione, sarebbe stato necessario seguire il criterio di attualizzazione esattamente opposto, calcolando il valore degli investimenti effettuati al mese di aprile del 1968 – data di presentazione dell'istanza di rilascio della concessione. Il che avrebbe

reso necessario rapportare all'aprile del 1968, l'ammontare della maggior spesa sostenuta rispetto a quella preventivata, del solo importo di euro 640.407,00 (differenza tra euro 1.549.360,79 ed euro 908.964,14) corrispondente ai maggiori investimenti completati al 31 dicembre 1973 ed al 31 dicembre 1974".

Al riguardo, non è revocabile in dubbio che il raffronto tra gli importi preventivati al 1968 e i costi effettivamente sostenuti al 1974 presuppone la necessaria attualizzazione di entrambi i valori alla medesima annualità: operazione, questa, dalla quale emerge la sostanziale omogeneità dei valori medesimi.

Anche sotto tali profili, pertanto, le censure avversarie si rivelano del tutto infondate e, dunque, vanno disattese.

* * *

III. ***Sulla infondatezza del terzo e del quarto motivo del ricorso di primo grado***.

III.1 Nell'atto di costituzione depositato da controparte sono altresì riproposte le doglianze articolate nel terzo e nel quarto motivo del ricorso di primo grado, volte a contestare l'illegittimità dell'operato amministrativo, in considerazione dell'asserita "*insussistenza delle ragioni di interesse pubblico a sostegno dell'autotutela*", nonché della presunta omessa ponderazione, nell'esercizio del potere di autotutela, degli interessi dei destinatari dell'assunto provvedimento di ritiro e dei controinteressati.

Più precisamente, la difesa avversaria, dopo avere evidenziato che "*Il Comune, del tutto apoditticamente, ha operato un superficiale riferimento nominalistico ad esigenze che dovrebbero giustificare*

l'esercizio di un potere di secondo grado senza palesarne, nella parte motiva, l'effettiva consistenza e sussistenza", deduce che "*In ogni caso, … gli articoli 3 e 4 del D.P.R. n. 509/1997 … prevedono la procedura della previa pubblicazione propedeutica alla presentazione di proposte concorrenti da parte di eventuali interessati, esclusivamente per le domande di nuove concessioni. Diversamente, l'art. 10 co. 3 del medesimo decreto … è volto a tutelare l'interesse pubblico ad incentivare i concessionari di beni demaniali a sostenere i necessari investimenti per accrescere il valore del bene demaniale stesso e migliorarne la funzionalità, sottraendolo, almeno temporaneamente, al confronto competitivo*".

Peraltro – prosegue la Società odierna appellata – "*l'adozione da parte del Comune di un provvedimento di annullamento in autotutela risulta … palesemente lesiva dell'affidamento qualificato e meritevole di adeguata protezione della concessionaria, legittimamente formatosi in virtù della decennale interlocuzione procedimentale con l'Amministrazione procedente e cristallizzatosi definitivamente con l'adozione, in esito ad un'istruttoria protrattasi per ben nove anni, della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, seguita poi dalla stipula dell'atto convenzionale suppletivo*" (cfr. pagg. 18 e seguenti atto di costituzione).

Anche a tali argomentazioni non può darsi credito.

III.2 Con riferimento al dedotto vizio di motivazione che inficerebbe il provvedimento impugnato, posta l'asserita omessa individuazione delle ragioni di interesse pubblico ad esso sottese, onde dimostrarne l'assoluta inconsistenza, è sufficiente osservare che nel provvedimento

medesimo, dopo essersi richiamato il contenuto del parere legale acquisito dal Comune il 4 aprile 2017 – nel quale, come detto, veniva chiarito che l'istanza di prolungamento della durata della Concessione, se fondata su costi diversi e ulteriori rispetto agli originari costi di costruzione, doveva essere qualificata quale istanza di proroga ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 509/1997 e, in quanto tale, essere pubblicata ai fini del confronto concorrenziale con eventuali domande concorrenti – si legge quanto segue: "*l'iter seguito ha quindi comportato la disapplicazione dei principi nazionali ed europei in tema di concorrenza …; l'atto in esame si configura come lesivo del pubblico interesse, atteso che esso ha di fatto sottratto dalla libera concorrenza potenziali investitori, con diretta ricaduta sull'economia locale e sulla valorizzazione dei beni in oggetto*", con la precisazione che "*tale interesse pubblico appare prevalente rispetto all'interesse del privato alla conservazione di un atto illegittimo*".

III.3 Ebbene, è di tutta evidenza che, contrariamente a quanto asserisce la Società odierna appellata, **il Comune non si è limitato alla *mera enunciazione dell'esigenza di ripristino della legalità che si assume violata*, ma ha correttamente dato conto dell'interesse pubblico sotteso all'adottato provvedimento, ravvisabile nell'esigenza di garantire la più proficua valorizzazione e gestione del compendio portuale, sottoponendo l'istanza di proroga avanzata da al necessario confronto concorrenziale con le istanze *medio tempore* formulate da altri operatori del settore e, più in generale, di assicurare la salvaguardia del principio di libera concorrenza**.

Si rammenta infatti che, nelle more del procedimento istruttorio relativo all'istanza formulata dalla Società nel 2007, sono pervenute al Comune molteplici manifestazioni di interesse all'assegnazione in concessione dell'ambito portuale *de quo* da parte di primari operatori del settore, inseriti in *network* internazionali e intenzionati ad iscrivere il complesso portuale in questione in una rete internazionale di porti turistici, dischiudendo, quindi, un ulteriore potenziale orizzonte di migliore e più proficua gestione dell'area demaniale per cui è causa.

Peraltro, nell'ambito del procedimento per la proroga della Concessione, l'Amministrazione comunale non aveva svolto alcuna valutazione in ordine al mercato del turismo nautico da diporto e, comunque, alle condizioni ottenibili dal mercato di riferimento in caso di nuova concessione del porto turistico della [redacted].

Invero, come attestato dagli studi e dalle ricerche di mercato acquisite dalla stessa Amministrazione comunale (vds. documentazione in atti), la trasformazione socio-economica in atto (che dagli anni '70 ad oggi ha visto una profonda modifica non solo in generale del mercato del turismo, ma in particolare e soprattutto del mercato della nautica) impone, così come avrebbe dovuto imporre già nel 2017, di porre in essere ogni azione utile e necessaria a perseguire l'integrale rivisitazione del sistema di gestione e valorizzazione del complesso portuale in questione, sì da renderlo rispondente alle nuove, appariscenti, tendenze del settore nautico.

III.4 Posto quanto sopra, non merita di essere condiviso l'assunto avversario secondo cui, nel caso di specie, non era comunque necessario attivare la *procedura della previa pubblicazione* dell'istanza

formulata dalla Società, *propedeutica alla presentazione di proposte concorrenti da parte di eventuali interessati*, contemplata dalla legge *esclusivamente per le domande di nuove concessioni*.

Al riguardo, è sufficiente osservare che, per pacifica giurisprudenza, il prolungamento di una concessione demaniale marittima non può prescindere dal preventivo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica: "*Come statuito da ultimo dalla Corte di giustizia UE, sez. V, 14/07/2016, n. 458 l'articolo 49 TFUE e l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, devono essere interpretati nel senso che non consentono a una misura normativa nazionale di prevedere un meccanismo di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ..., in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.*

Tale incompatibilità delle proroghe automatiche non ha però portata generalizzata ma va riconosciuta, per espressa precisazione della Corte, quando tali concessioni presentino, in ragione delle relative caratteristiche geografiche ed economiche, un interesse transfrontaliero certo" (Tar Campania, Sez. VII, 14 febbraio 2017, n. 911; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2016, n. 889; *idem*, 2 febbraio 2015, n. 462; *idem*, 9 giugno 2014, n. 2933; Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 26 ottobre 2018, n. 1592; Cass. Pen., Sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281): interesse, questo, della cui ricorrenza, nella fattispecie in esame, non può dubitarsi, stante – come detto – l'avvenuta presentazione di istanze volte a conseguire la gestione del complesso portuale in questione da parte di qualificati operatori del settore, inseriti in *network* internazionali.

Privo di pregio, peraltro, è il richiamo – operato dalla difesa avversaria –

alle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale nell'ambito della controversia scrutinata dalla Corte di Giustizia con la decisione sopra menzionata, ove si legge: "*In ogni caso, ritengo che la giustificazione relativa al principio della tutela del legittimo affidamento invocata dai ricorrenti nel procedimento principale e dal governo italiano richieda una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti*" e che il rinnovo automatico delle concessioni sui beni demaniali "*possa essere giustificato da un motivo imperativo di interesse generale relativo alla certezza del diritto*".

In merito al primo aspetto, è sufficiente rilevare che, come si dirà meglio *infra*, l'alterata rappresentazione, da parte della Società, dei presupposti sulla scorta dei quali il Comune si è determinato ad assumere l'atto suppletivo poi ritirato impedisce di configurare in capo alla Società medesima una posizione di legittimo affidamento: da qui l'inconferenza del richiamo alla necessità di *una valutazione caso per caso*, che tenga conto dell'eventuale aspettativa del soggetto che abbia effettuato investimenti a conseguire il rinnovo dell'autorizzazione.

Per quanto attiene alla asserita esigenza di considerare eventuali motivi di interesse generale, va evidenziato che, secondo quanto chiarito dalla Corte di Giustizia, è vero che "*l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123 prevede espressamente che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale.*

Tuttavia, è previsto che si tenga conto di tali considerazioni solo al

momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva": ne deriva che "*l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva in questione non può essere interpretato nel senso che consente di giustificare una proroga automatica di autorizzazioni allorché, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni suddette, non è stata organizzata alcuna procedura di selezione ai sensi del paragrafo 1 di tale articolo*" (CGUE, Sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14).

III.5 A conferma delle considerazioni che precedono, peraltro, giova richiamare la sentenza del Tar Toscana n. 172/2012 – resa sul ricorso proposto dalla Società per l'accertamento dell'obbligo del Comune di provvedere sull'istanza di proroga della Concessione presentata – ove si legge: "*La predetta norma* [*id est:* l'art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 509/1997] *contempla una facoltà, e non un vincolo, in tema di proroga, in quanto* ***per regola generale il rapporto concessorio successivo alla scadenza stabilita nel titolo si instaura mediante gara ad evidenza pubblica****, cosicché ben potrebbe il Comune decidere di non disporre alcuna proroga e di porsi nella prospettiva di scegliere in futuro il concessionario sulla base della suddetta regola.*

Non sussiste quindi un obbligo di accogliere la richiesta di proroga, ma, semmai, di pronunciarsi in un senso o nell'altro, ovvero con un motivato atto di assenso o di diniego, anche sulla base di attività istruttoria integrativa di quella pregressa. Peraltro, come visto, i presupposti della proroga ammessa dall'art. 10, comma 3, del d.p.r. n. 509/1997 sono suscettibili di incidere su aspetti di pianificazione del territorio, oltre che sul complessivo rapporto costo-beneficio della proposta proroga del

titolo concessorio, aspetti che richiedono di per sé un approfondito esame il cui esito positivo non è, allo stato, evincibile.

In conclusione, il ricorso, siccome teso all'affermazione dell'obbligo di assentire la proroga ovvero di ottenere una pronuncia sulla fondatezza dell'istanza, va respinto".

III.6 Da ultimo, con riferimento alla lamentata *lesione dell'affidamento qualificato e meritevole di adeguata protezione della concessionaria, legittimamente formatosi in virtù della decennale interlocuzione procedimentale con l'Amministrazione procedente*, va in primo luogo ribadito che se è vero che il provvedimento di rideterminazione della durata della Concessione è stato adottato "*in esito ad un'istruttoria protrattasi per oltre dieci anni*", è parimenti vero che, stante la reiterata qualificazione, nel corso di siffatta istruttoria, dell'istanza formulata dalla Società nel 2007 quale richiesta di proroga *ex* art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 509/1997, è solo all'atto del ricevimento da parte di MCG della nota prot. n. CDA/cda17.04.33, datata 21 aprile 2017, che il Comune ha preso conoscenza della diversa volontà della Società di conseguire la mera rideterminazione della durata della Concessione, non la proroga della stessa.

III.7 Ciò premesso, non può non evidenziarsi che, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza, "***la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo***, *con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato*

richiamo alla non veritiera prospettazione di parte …

Come osservato dalla condivisibile giurisprudenza, ricorrendo in tale fattispecie un'ipotesi di 'atto di caducazione doveroso, in quanto lato sensu sanzionatorio, non possono ritenersi applicabili i principi e le regole tipiche dell'autotutela decisoria" (Tar Campania, Sez. II, 1° ottobre 2019, n. 4672).

Ebbene, come diffusamente chiarito nel ricorso introduttivo del presente giudizio, l'impugnato atto di ritiro del provvedimento ampliativo precedentemente concesso alla Società si fonda sulla **conclamata erroneità** dei presupposti sottesi a detto provvedimento e siffatta erroneità, lungi dall'essere in qualsiasi modo addebitabile all'Amministrazione comunale, è imputabile in via esclusiva alla fallace e alterata rappresentazione che di tali presupposti ha fornito la Società.

Ne discende la assoluta legittimità del provvedimento impugnato, a cospetto del quale, invero, per le ragioni sopra esposte, non è configurabile alcuna posizione di legittimo affidamento della Società meritevole di tutela.

* * *

IV. ***Sulla infondatezza del quinto motivo del ricorso di primo grado*.**

IV.1 Infine, controparte ripropone le censure articolate nel quinto motivo del ricorso di primo grado, volte a dedurre l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto un ulteriore duplice profilo: da un lato, l'Amministrazione comunale non avrebbe debitamente valutato le memorie scritte presentate dalla Società a seguito del ricevimento della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'atto suppletivo; dall'altro lato, il provvedimento con il quale il

Comune ha proceduto all'annullamento di detto atto sarebbe stato illegittimamente assunto in assenza della preventiva adozione di un *atto d'indirizzo degli organi elettivi*, in violazione di quanto prescritto dall'art. 107, comma 3, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dell'art. 34 dello Statuto comunale.

Si tratta, anche in questo caso, di doglianze prive di pregio, oltre che evidentemente pretestuose.

IV.2 Con riferimento al primo dei profili contestati, onde dimostrare la palese infondatezza delle argomentazioni avversarie, è sufficiente osservare che nel provvedimento impugnato viene dato espressamente atto dell'intervenuto *esame delle controdeduzioni pervenute in data 22 novembre 2018, prot. 32522*, essendo ivi chiaramente esplicitate, in relazione a ciascuno dei motivi di doglianza articolati nella citata nota, le ragioni, di fatto e di diritto, in virtù delle quali l'Amministrazione comunale ha ritenuto siffatte controdeduzioni non meritevoli di accoglimento.

IV.3 Per quanto attiene, invece, alla asserita violazione dell'art. 107, comma 3, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dell'art. 34 dello Statuto comunale, non può non rilevarsi che, nel sollevare tale censura, controparte opera un'indebita commistione tra l'attività di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, per l'appunto rimessa all'organo di governo, e le ordinarie attività di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, attribuite ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

Invero, il menzionato art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 recita: "*Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme*

dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108".

E' evidente, pertanto, che i dirigenti, ai fini dell'espletamento delle attività ad essi rimesse, non necessitano di un previo atto di impulso dell'organo politico; del resto, ove così fosse, si dovrebbe pervenire alla conclusione – evidentemente illogica e non plausibile – per cui detto organo, in ragione di interessi personali e/o decisioni di stretta opportunità politica, potrebbe precludere ai dirigenti l'esercizio di attività agli stessi affidate per legge, ivi comprese le attività di vigilanza e controllo.

*

Conclusivamente, sotto ogni profilo le doglianze di controparte meritano di essere disattese, risultando definitivamente confermata la correttezza dell'operato amministrativo nel suo complesso.

* * *

P.Q.M.

voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito, in accoglimento del presente

ricorso in appello, disporre l'annullamento e/o l'integrale riforma – previa sospensione della esecutività – della sentenza resa dal Tar Toscana, Sez. II, n. 1060/2019, depositata in data 10 luglio 2019 e notificata il successivo 15 luglio 2019.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di giudizio, nonché con refusione integrale del contributo unificato.

Roma, 25 novembre 2019

Avv.

Avv.

Avv.

Avv.

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sezione V – R.G. N. 8456/2019

Memoria

(C.C. 28 novembre 2019)

Nell'interesse di ., con gli Avv.ti

;

- parte appellata -

contro

il con Avv.ti

;

- parte appellante -

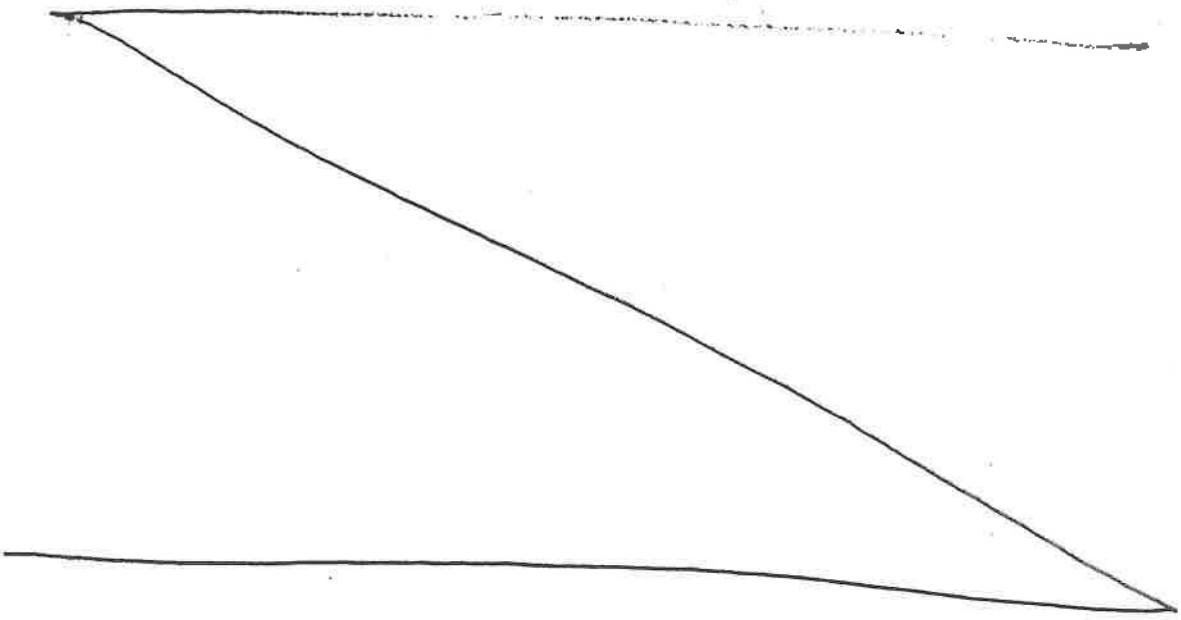
nei confronti

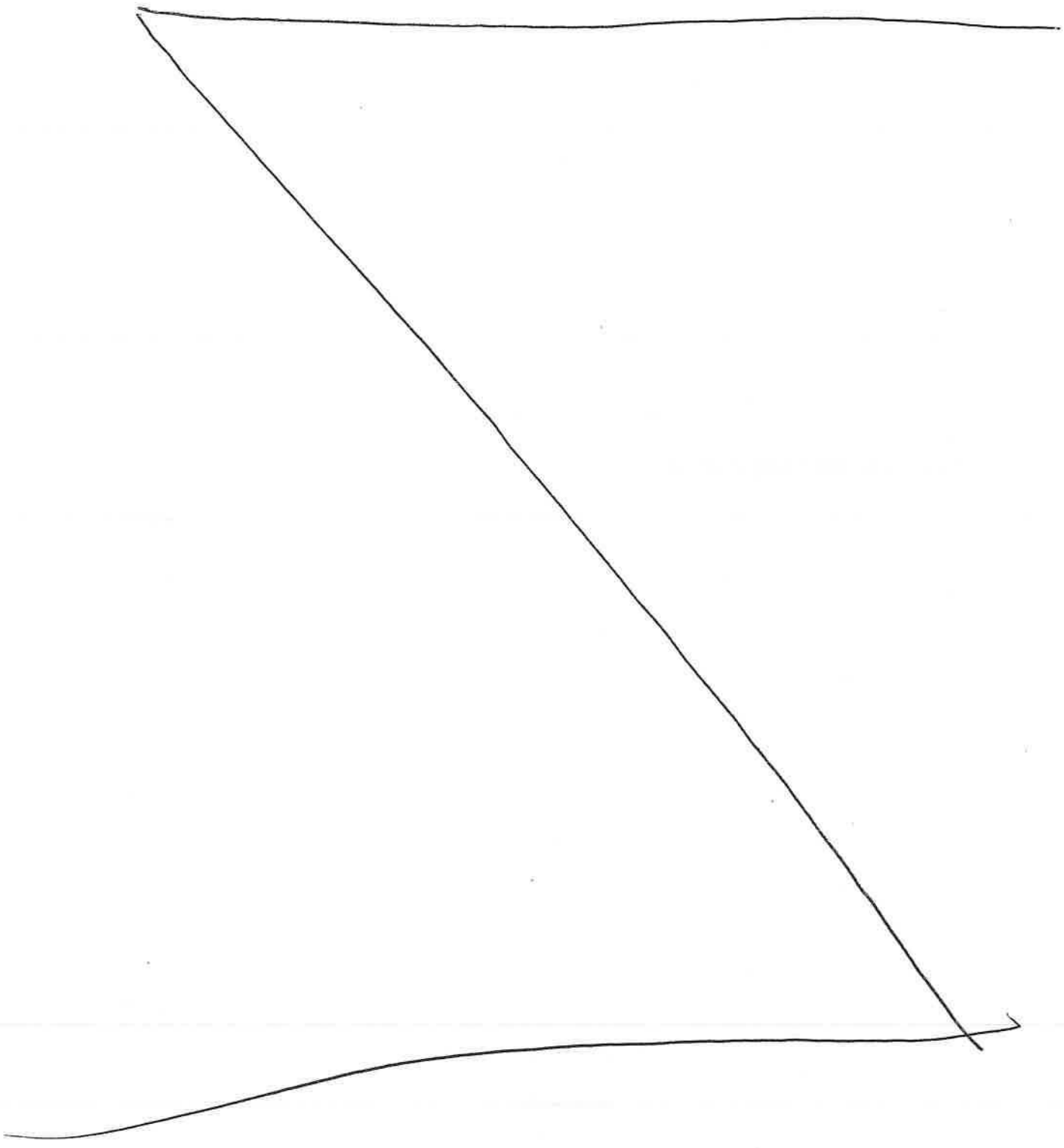
- della , in persona del Presidente della Giunta regionale *p.t.*;

- della ., con l'Avv. ;

- parti appellate - controinteressate -

nonché nei confronti





- del Sig. con gli Avv.

- dei Sigg.

- del Sig. ;

- parti appellate – intervenienti *ad adiuvandum* -

nonché nei confronti

- della con l'Avv. L ;

- parte appellata – interveniente *ad opponendum* -

dandone notizia

- all'A , con l'Avvocatura Generale dello Stato;

nel giudizio promosso per l'annullamento e/o la riforma,

- previa sospensione dell'esecuzione -

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sez. II, n. 1060/2019, depositata in data 10 luglio 2019, notificata il successivo 15 luglio 2019, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da ., resa nell'ambito del giudizio recante numero di R.G. 186/2019, proposto

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- della Determinazione Dirigenziale del Comune di , Area 1- Ufficio Demanio, prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018, con la quale è stato disposto «*l'annullamento dell'atto suppletivo del 25-05-2017, rep. n. 1810 nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguenziale*»;

- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

*** ***

FATTO

1. Con la presente memoria, l'odierna appellata (nel prosieguo, anche solo o, ancora, *Concessionaria*), in ossequio al principio di sintesi degli atti processuali, si limiterà a puntuali rilievi in ordine all'insussistenza, nel caso di specie, dei requisiti necessari ai fini della concessione della tutela cautelare richiesta dal Comune di

2. Prima di soffermarsi sui profili del *periculum* e del *fumus*, pare, tuttavia, opportuno riportare all'adito Consiglio di Stato una veritiera, seppure sintetica, rappresentazione dei fatti e delle circostanze oggetto del presente giudizio, in parte travisati nella rappresentazione fornita dall'odierna appellante.

3. La è titolare, sin dal 1970, della concessione demaniale marittima n. 429 per la costruzione e la gestione dell'omonimo approdo da diporto nautico in località (**doc. n. 2** fasc. I grado), inizialmente, di durata cinquantennale e, successivamente, rideterminata in ottanta anni, in virtù della Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017 (**doc. n. 17** fasc. I grado) a valere sulla quale è stato stipulato l'Atto Suppletivo del 25 maggio 2017 (**doc. n. 3** fasc. I grado), oggetto dell'annullamento in autotutela disposto dall'Amministrazione appellante, a sua volta annullato dalla sentenza di primo grado.

4. La concessione era stata rilasciata a fronte dell'istanza presentata alla Capitaneria di Porto di Livorno il 4 aprile 1968, con la quale la Società chiedeva di ottenere "*la temporanea concessione e l'uso di uno specchio acqueo ed arenile demaniale situato sulla spiaggia di nel allo scopo di costruire un approdo per il diporto nautico per la durata di anni 80*" (**doc. n. 4** fasc. I grado).

5. Tale istanza era corredata dalla prescritta documentazione e, tra gli altri, di un progetto esecutivo, nonché di un computo metrico estimativo dei relativi oneri, per un importo di Lire 1.760.000.000, pari ad Euro 908.965,00 (**doc. n. 5** fasc. I grado).

6. Con dispaccio n. 5102938 G.52 del 24 aprile 1970, il Ministero della Marina Mercantile, considerato l'adempimento delle prescritte formalità pubblicitarie ed il conseguimento dei pareri favorevoli degli Enti ed organi tenuti a partecipare alla relativa istruttoria, dopo aver determinato, sulla base dei costi stimati dell'intervento, in cinquant'anni la durata della concessione demaniale, autorizzava l'occupazione anticipata delle aree, richiesta dalla con istanza del 24 giugno 1968 (**doc. n. 6** fasc. I grado), previa sottoscrizione di apposito atto di sottomissione, stipulato il successivo 19 giugno 1970 (**doc. n.** 7 fasc. I grado).
7. Le aree demaniali venivano così consegnate provvisoriamente il 24 luglio 1970 (**doc. n. 8** fasc. I grado).
8. Il 10 febbraio 1971 iniziavano i lavori di costruzione dell'approdo da diporto nautico, terminati il 31 marzo 1974, come documentato dalla relazione del Direttore dei Lavori, Ing. Cencelli (**doc. n. 9** fasc. I grado).
9. Il costo finale di tali lavori – comprensivi delle rilevanti e significative modifiche richieste alla Società, che avevano reso necessario il conseguimento di una seconda licenza edilizia e di numerose varianti, con conseguente proroga di un anno del termine per la loro ultimazione (**doc. n. 10** fasc. I grado) – ammontava a Lire 3.000.000,00 (equivalenti ad Euro 1.549.371,00), come risultante da bilancio sociale al 31 dicembre 1974 (**doc. n. 11** fasc. I grado).
10. Con atto della Capitaneria del Porto di Livorno n. 344/429/353 del 23 maggio 1977, meramente riproduttivo dei provvedimenti già adottati dagli Enti competenti e, quindi, con effetto retrodatato al 19 giugno 1970, data da cui infatti viene fatto decorrere il termine di durata cinquantennale, veniva formalizzata la convenzione di concessione in favore della (**doc. n. 2** fasc. I grado).

11. In data 5 aprile 2007, la I , in considerazione del notevole aumento degli investimenti a suo tempo programmati, tale da non consentirne un adeguato ammortamento nel termine originario di durata della concessione, richiedeva alla Capitaneria di Porto di Livorno la proroga in ulteriori trenta anni di durata della concessione, ai sensi dell'art. 10, comma 5, D.P.R. n. 509/1997 (**doc. n. 12** fasc. I grado).

12. Con atto del 17 marzo 2008, il Ministero dei Trasporti valutava positivamente l'istanza, autorizzando la Capitaneria di Porto di Livorno a procedere alla stipula dell'Atto Suppletivo n. 468 del 27 marzo 2008 che rideterminava il termine della concessione sino al 18 giugno 2050, aggiornando il relativo canone e rimettendo al Comune d che, nel mutato quadro costituzionale, aveva assunto la competenza ad assumere la decisione definitiva. L'istanza formulata dalla Concessionaria era accolta in base all'esame della documentazione prodotta dall'istante che indicava – tra l'altro – un maggior costo di costruzione, al 1974, di Lire 3.000.003,560, rispetto al costo originariamente stimato, documentazione verificata e vagliata dall'Organo Tecnico del Ministero, previa acquisizione dei pareri favorevoli degli uffici interessati (**doc. n. 13** fasc. I grado).

13. L'Amministrazione comunale, cui la pratica era rimessa, adottava, anzitutto, la Deliberazione consiliare n. 93 del 21 dicembre 2009, contenente "*atto di indirizzo sulle procedure relative alle concessioni demaniali marittime*", ove era previsto, con riferimento alle procedure "*trasferite alla competenza del Comune a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 344/2007 e* ***già concluse nella fase istruttoria dell'Autorità Marittima che ne aveva rinviata l'efficacia alla sottoscrizione dell'atto da parte del nuovo organo competente***", che le stesse dovessero "*essere concluse nel rispetto del* ***principio di affidamento che i privati richiedenti possono vantare***

rispetto alla correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa di una P.A. che deve concretizzarsi con stabilire tempi certi per la conclusione dei procedimenti e tenere conto della completezza dell'istruttoria da cui ci si può discostare solo con debita motivazione" e che "*nel determinare la durata della proroga si dovrà tenere conto degli oneri di investimento posti a carico del privato e dei relativi ammortamenti, anche attraverso eventuale acquisizione di apposita perizia, ovvero da determinarsi nell'ambito di un vero e proprio accordo con il Comune che potrà prevedere anche la realizzazione di interventi di pubblica utilità e che in ogni caso migliorino l'utilizzo del bene demaniale*" (**doc. n. 14** fasc. I grado).

14. Seguiva la nota prot. n. 20822 del 30 luglio 2009, nella quale il Comune specificava alla Società che, dopo attenta e puntuale analisi normativa e documentale, avrebbe dato corso alla conclusione del procedimento amministrativo con il rilascio dell'Atto Suppletivo richiesto, in ossequio "*al principio di conservazione degli atti giuridici*", nonché al "*principio di leale collaborazione tra le amministrazioni*" (**doc. n. 15** fasc. I grado), **pur in esito ad un'autonoma verifica degli oneri di investimento sostenuti dalla Concessionaria e dei relativi ammortamenti, previa acquisizione di apposita perizia, all'uopo recepita l'11 novembre 2010** (**doc. n. 16** fasc. I grado).

15. **Trascorsi oltre nove anni dalla presentazione dell'istanza**, il Comune ha adottato la **Determinazione dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017 di approvazione dello schema di atto suppletivo di rideterminazione della durata della concessione, poi stipulato il 25 maggio 2017, rep. n. 1810, a mezzo della quale l'art. 1 della concessione originaria è stato annullato e sostituito, individuandosi come termine finale della durata della stessa il 18 giugno 2050.**

16. Nel corso di detto procedimento, di durata decennale, il Comune ha svolto un'approfondita istruttoria, coinvolgendo diversi esperti tecnici e legali. In particolare,

nel 2010, è stata acquisita la prima perizia (sopra menzionata), fatta redigere dal Comune., in ordine ai costi sostenuti dalla Concessionaria, nella quale sono stati documentati i costi di costruzione affrontati per la costruzione del porto sino al 1974, come risultanti dai bilanci sociali e dalle scritture ausiliarie, ammontanti a lire 3.000.003,560, rispetto a quelle inizialmente stimate di lire 1.760.003,408, e gli oneri successivi sostenuti sino al 2006, poi aggiornata da una seconda perizia di stima del 27 marzo 2017 (**doc. n. 18** fasc. I grado) in cui sono stati esposti anche i costi relativi agli investimenti successivi al 2006.

17. Tuttavia nessuno di detti ulteriori costi o voci di spesa è stato considerato ai fini della rideterminazione della durata della Concessione. Il Comune ha, infatti, inteso recepire il contenuto dei pareri legali forniti dall'Avv. che ora, incredibilmente, ritiene contraddetti dal provvedimento di rideterminazione della durata della concessione poi adottato. In tali pareri, pur non entrandosi nel merito dell'analisi dei costi sostenuti, **si dà contezza del fatto che tutti gli elementi disponibili erano stati messi a disposizione dell'Amministrazione comunale e, al contempo, si indica il criterio da seguire ai fini della rideterminazione della durata della concessione, ossia tener conto esclusivamente dei maggiori costi sostenuti per la realizzazione della struttura portuale rispetto a quelli preventivati** (**doc. n. 20** fasc. I grado, parere del 4 aprile 2017, pag. 4, laddove si indica come criterio da seguire, **poi effettivamente seguito**, quello di "*scindere, nella Relazione del rag. Leoni* (...) *le spese effettivamente sostenute e documentate alla data "contrattuale" rilevante di conclusione dei lavori (1974 e non altre date), le spese effettivamente sostenute nel seguito non già per "eseguire il progetto come approvato", ma per gestire la struttura portuale e/o per migliorarla o adeguarla a nuove esigenze*", indicando **solo nelle spese del primo tipo** quelle atte a "***giustificare, in relazione alla loro entità ed in via***

correttiva, una rideterminazione (ora per allora) del termine finale di concessione (...) *Se è vero che il costo effettivo, al 1974, è stato (pag. 3) di lire 3.000.000,560 e non di lire 1.760.003,408 (con un incremento percentuale sensibile) è questo l'unico costo (dato) rilevante ai fini della rideterminazione della durata della concessione, chiesta dalla concessionaria*"). Le indicazioni fornite in tale parere sono state pedissequamente recepite nella Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, cui è seguita la stipula dell'Atto Suppletivo, come emerge chiaramente dalle relative motivazioni.

18. La rideterminazione della durata della concessione originaria, nella prospettazione comunale e in coerenza con i criteri enunciati nei pareri legali all'uopo acquisiti, ha quindi considerato le risultanze della perizia relativa ai costi "***nella sola parte in cui afferma (e documenta) un (maggior) costo, effettivamente sostenuto, per l'esecuzione del progetto originario (e non di altro) di euro 1.549.371,00 e quindi del 70,45% in più del costo stimato ex ante***", mentre ha escluso le spese sostenute successivamente alla data di conclusione dei lavori (1974), spese quindi funzionali non già ad "*eseguire il progetto come approvato*", ma a gestire la struttura portuale, a migliorarla o ad adeguarla a nuove esigenze. **Alla stregua dei criteri chiariti nei pareri legali acquisiti dal Comune, solo le spese del primo tipo sono state ritenute utili, in relazione alla loro entità e in via correttiva, per una "*rideterminazione (ora per allora) del termine finale della concessione*".**

19. Come correttamente evidenziato nella sentenza oggetto del presente gravame, "***il senso dunque dell'operazione comunale è stato quello, non già di concedere una proroga dell'originaria concessione, bensì di rettificare il termine finale stabilito nella concessione originaria, al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario***

tra spese di realizzazione dell'infrastruttura e durata della gestione della stessa, necessaria per recuperare le spese stesse".

20. Come ampiamente chiarito e dimostrato dagli atti e documenti depositati in primo grado, tale rettifica è giunta all'esito di una lunga e complessa attività istruttoria, svoltasi prima a livello ministeriale e, successivamente a livello comunale, durante la quale **la Concessionaria ha sempre fornito, con la massima trasparenza e spirito di collaborazione, ogni dato e documentazione utile ai fini del decidere**. Dati che, peraltro, sono stati ampiamente e reiteratamente vagliati dall'Amministrazione comunale, nonché confermati da apposite perizie e pareri legali acquisiti dal Comune nel corso del procedimento e, altresì, dai Tribunali amministrativi in esito alle iniziative giudiziarie di cui dà conto la stessa controparte.

21. In tale contesto, **trascorsi due anni dall'adozione della Determinazione dirigenziale n. 345/2018 e dalla successiva stipula dell'Atto Suppletivo**, in seguito all'insediamento della nuova compagine politica di governo dell'amministrazione comunale, con nota del 7 novembre 2018, a firma del Dirigente dell'Area 1 – Ufficio Demanio, il Comune ha avviato il procedimento per l'annullamento in autotutela dell'Atto Suppletivo del 25 maggio 2017, sul presupposto, del tutto erroneo, infondato ed arbitrario, che il Comune d. non si sarebbe attenuto alle indicazioni di cui ai pareri ricevuti, giacché avrebbe tenuto conto, ai fini della determinazione della durata della concessione, non solo delle spese per i maggiori costi sostenuti per la costruzione del porto, ma anche di ulteriori costi (**doc. n. 21** fasc. I grado).

22. Tempestivamente, nel pur brevissimo termine di 15 giorni assegnato dal Comune, la [redacted] ha fornito puntuali controdeduzioni, evidenziando specificamente

tutti i motivi che avrebbero reso illegittima l'adozione dell'atto di annullamento in autotutela (**docc. nn. 22 e 23** fasc. I grado).

23. A distanza di un solo giorno lavorativo dall'invio delle controdeduzioni, il Comune ha adottato l'atto, rinominato "*provvedimento di revoca n. 1 del 2018*", assunto con la Determinazione Dirigenziale prot. n. 32915 del 26 novembre 2018, con il quale, ritenuto che "*l'atto suppletivo in esame sia illegittimo avendo esso rideterminato la durata della concessione demaniale in carenza dei necessari presupposti e che l'interesse pubblico concreto e attuale al suo annullamento prevalga sull'interesse privato*", l'ha annullato d'ufficio (**doc. n. 1** fasc. I grado), introducendo considerazioni del tutto nuove e non evidenziate nella comunicazione di avvio del procedimento e omettendo totalmente di motivare sulle corpose e puntuali osservazioni fornite dalla Concessionaria, in spregio ai basilari principi a garanzia della partecipazione del privato nel procedimento amministrativo.

24. Avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio e i connessi atti, la

.. ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. Toscana, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per i motivi di censura sinteticamente riproposti con l'atto di costituzione nel presente giudizio, depositato l'8 novembre 2019, e che si intende integralmente richiamato e riportato.

25. Il Comune di si è costituito in giudizio per resistere al ricorso. Sono stati, altresì, dispiegati plurimi atti di intervento in giudizio *ad adiuvandum* di parte ricorrente, da parte dei soci della Concessionaria e aventi titolo all'utilizzo dei posti barca, tra cui società affidatarie di attività di cantiere navale operanti negli spazi oggetto di concessione ed associazioni tra esercenti attività commerciali. Si è altresì costituita *ad opponendum* l , asseritamente subentrata in tutte le posizioni soggettive della , la quale, secondo quanto

rappresentato per la prima volta nel corso del giudizio di primo grado, avrebbe manifestato interesse per la gestione del Porto Turistico di circostanza mai emersa nel corso della decennale istruttoria che ha portato alla rideterminazione e cui, tantomeno, si fa riferimento nella motivazione del relativo annullamento di ufficio.

26. Nel corso dell'udienza camerale per la discussione dell'istanza di sospensione, il Collegio non ha emanato l'ordinanza cautelare, ma si è riservato di fissare l'udienza di merito per la sollecita definizione del ricorso, ritenendo, con l'assenso delle parti, che i loro contrapposti interessi, solo in tal guisa sarebbero stati tutelati adeguatamente, non ritenendo opportuno il Comune dar seguito alle determinazioni conseguenti all'adozione del provvedimento impugnato, con l'indizione della procedura di selezione di un nuovo concessionario, sulla base di un provvedimento cautelare ed essendo interesse della Concessionaria conseguire una rapida e celere definizione della questione controversa, onde poter proseguire la propria attività, dando ulteriore impulso agli impegni già assunti, preservando al contempo l'affidamento dei soci, in un contesto di certezza e stabilità, altrimenti compromesso.

27. Con sentenza n. 1060, pubblicata il 10 luglio 2019, il T.A.R. per la Toscana ha accolto il ricorso ritenendo la prima censura posta da parte ricorrente – attinente al profilo temporale dell'adozione dell'atto di annullamento d'ufficio, quando era ormai scaduto il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 *nonies*, comma 1, della Legge n. 241/1990 – fondata e, per l'effetto, ritenute assorbite le ulteriori censure, ha annullato il provvedimento impugnato.

28. Nelle more della decisione del ricorso, la Società ed i relativi soci hanno proposto, **nel marzo 2019, azioni risarcitorie dinanzi al Tribunale di Grosseto** (l'azione risarcitoria della Società è stata affidata alla Sezione I, con procedimento recante

numero di R.G. 825/2019) chiedendo il ristoro dei danni subiti, in conseguenza degli investimenti effettuati e programmati e degli atti di disposizione compiuti, facendo legittimamente affidamento sull'indicata rideterminazione della durata della concessione [*cfr.* **doc. nn. 17, 20, 21** fasc. 1 grado Comune].

29. Il Comune di ha proposto il presente giudizio di appello chiedendo l'annullamento e/o la riforma della sentenza impugnata, sulla base in un unico motivo di impugnazione, con il quale ha lamentato "*erronea applicazione dell'art. 21 nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241; erronea applicazione del D.P.R. 2 dicembre 1997 n. 507; erronea applicazione dei principi di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa; difetto di istruttoria, incongruità di motivazione, difetto dei presupposti, travisamento, illogicità e contraddittorietà*", nonché la sospensione dell'esecuzione della stessa, assumendo che, in difetto, subirebbe conseguenze gravemente pregiudizievoli.

30. Con il presente atto, la si oppone all'avversa istanza inibitoria, non ricorrendone i presupposti.

.

SUL *FUMUS BONI IURIS*

L'istanza cautelare proposta dal non merita accoglimento in quanto difetta, anzitutto, del requisito del *fumus boni iuris*, oltre che per i concorrenti profili già esposti nell'atto di costituzione in giudizio, con reiterazione delle domande ed eccezioni assorbite, depositato in data 8 novembre 2019, anche per le seguenti ulteriori ragioni.

I. Sull'esatta individuazione del *dies a quo* e del *dies ad quem* del termine perentorio di diciotto mesi per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela di cui all'art. 21 *nonies*, comma 1, della L. n. 241/1990.

I.1.1. La prospettazione giuridica delineata dall'odierna appellante è giuridicamente infondata anzitutto, nella parte in cui censura la sentenza del T.A.R. per la Toscana, per aver individuato nella Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, l'atto amministrativo dal quale far decorrere il termine di diciotto mesi stabilito nell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990. L'appellante vorrebbe, invece, far decorrere il termine per l'autoannullamento dal successivo Atto Suppletivo del 25 maggio 2017, assumendo che solo rispetto a detto ultimo atto risulterebbe configurabile l'esercizio dei poteri di autotutela.

I.1.2. Per giungere a siffatta conclusione, il Comune, dedica ampio spazio alla ricostruzione dottrinaria e giurisprudenziale di inizio Novecento dell'istituto della concessione-contratto al fine di qualificare l'Atto suppletivo del 25 maggio 2017 quale "*unico atto giuridico ad efficacia esterna* [...] *suscettibile di dispiegare effetti provvedimentali e, quindi, di accrescere la sfera giuridica della concessionaria ed è quindi nei riguardi di quest'atto* [...] *che il potere di annullamento d'ufficio si è correttamente indirizzato*" (*cfr.* pag. 25 ricorso in appello).

I.1.3. Orbene, fermo quanto appresso chiarito in merito all'infondatezza della censura di controparte, alla luce delle prevalente dottrina e giurisprudenza, ci sia consentito, comunque, immediatamente rilevare che l'obiezione non coglie nel segno, non potendosi dubitare, nella specie, della natura provvedimentale, con efficacia esterna, della Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017, che rappresenta l'atto conclusivo del procedimento amministrativo avviato dal Comune, su istanza della Concessionaria, per verificare la sussistenza dei presupposti per la rettifica, nell'esercizio del potere di riesame, del termine finale di durata della concessione, al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario tra le spese di realizzazione dell'infrastruttura e la durata della gestione della stessa, necessaria per recuperare dette

spese. Non vengono, dunque, in considerazione, nella specie, dinamiche afferenti alla costituzione di un rapporto di concessione, ma esclusivamente alla modifica di alcuni termini e condizioni di un rapporto già in essere. Nella prospettazione comunale ed in coerenza con i pareri resi, con il procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione della richiamata Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, protrattosi per anni e caratterizzato da una lunga, complessa ed articolata istruttoria, il Comune ha inteso esercitare un vero e proprio *ius penitendi*, riconoscendo l'erroneità dell'originaria durata del rapporto concessorio. Né può dubitarsi della natura provvedimentale dell'atto di rettifica o di emenda, quale atto conclusivo di un procedimento di riesame, instaurato d'ufficio o su iniziativa del destinatario del provvedimento stesso, e rivolto all'eliminazione dell'errore nel quale l'Autorità emanante era incorsa nella determinazione del suo contenuto.

I.1.4. La Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, quale unico atto amministrativo unilaterale di approvazione, di competenza del dirigente del Comune, *ex* art. 107 co. 3 lett. c), del D.Lgs. n. 267/2000, c.d. T.U.E.L., è l'atto con il quale, come rilevato nella sentenza impugnata, "si *è scelto, **spendendo il potete pubblicistico**, di acconsentire alla rideterminazione della durata del rapporto concessorio in essere, attraverso la fissazione di un nuovo termine di durata dello stesso*". Dunque, l'annullamento d'ufficio non poteva che dirigersi verso il richiamato provvedimento, atteso che, ove fosse esistito un profilo di illegittimità della scelta amministrativa, questo non poteva che essere collocato "*nell'atto appena citato, nel quale la scelta medesima* [era stata] *compiuta (...). Dunque, il dies a quo del termine per porre in essere un atto di annullamento d'ufficio, per far valere l'illegittimità della scelta pubblicistica compiuta, non* [poteva] *che essere collocato nel giorno 8 maggio 2017, in cui quella scelta era stata posta in essere*".

I.1.5. D'altronde, non potendosi dubitare della natura di atto paritetico dell'Atto Suppletivo del 25 maggio 2017, quale "*negozio meramente attuativo di quanto previsto nella determinazione di esercizio del potere pubblicistico*", esso, in ogni caso, non avrebbe potuto costituire oggetto di un potere unilaterale di annullamento d'ufficio, atteso che, una volta apertasi la fase negoziale dei rapporti con una P.A., la stessa viene a connotarsi da una tendenziale parità tra le parti. Il potere di autotutela c.d. decisoria, d'altronde, com' è noto, è un potere amministrativo c.d. di secondo grado, che si esercita su un precedente provvedimento amministrativo che, in base all'art. 21 *nonies* della L. n-241/1990, deve essere inderogabilmente esercitato **entro un termine ragionevole e, comunque, entro diciotto mesi** "***dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici***".

I.2.1. Fermo quanto sopra, in ogni caso, le censure di controparte risultano destituite di fondamento, atteso che nella specie, la storica sentenza della Cassazione del 12 gennaio 1910 citata nell'atto di appello (pp.21-22), a partire dalla quale è stata elaborata la teoria della concessione-contratto, proprio in materia di concessioni demaniali, ha considerato l'atto di concessione "*in due momenti giuridici. **Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato** che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo (...) a una qualunque industria privata; **è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione**. Ma **in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo: si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto***» [*cfr.* Cass. 12 novembre 1910, in *Riv. Dir. Comm.* 1910, 248).

Sebbene una parte della giurisprudenza immediatamente successiva a tale pronuncia ha configurato (diversamente da quanto affermato dalla Suprema Corte) la concessione-contratto come unico negozio di natura pubblicistica, "*l'immagine dell'unico "negozio di diritto pubblico" progressivamente dovette cedere il passo a quella dei* ***due atti separati e indipendenti sul piano della validità e della efficacia giuridici***"[1].

Come chiarito dalla recente giurisprudenza amministrativa, pur registrandosi una tendenziale evoluzione normativa intesa, in accordo con la migliore dottrina e giurisprudenza, ad un **rafforzamento della tutela del privato concessionario al fine di incentivare gli investimenti privati, indispensabili per la valorizzazione dei beni demaniali e, di conseguenza per il perseguimento dell'interesse pubblico**, comunque, non sembrano "*superabili quelle obiezioni fondate sulla non paritaria posizione delle parti e sulla non commerciabilità dell'interesse pubblico, tanto da aderire ad un'impostazione che* ***mantiene separati i due moduli, quello pubblicistico e quello privatistico secondo il paradigma della concessione-contratto****. Una tale impostazione fa breccia anche nella giurisprudenza, tanto che una celebre sentenza della Cassazione di Roma del 12 gennaio 1910, avalla l'utilizzo di uno* ***strumento composito, quello della concessione-contratto, all'interno del quale il momento autoritativo e quello consensuale non si traducono in una sintesi ma in un accostamento.*** *Un meccanismo che rassicura circa la permanenza in capo alla p.a. del controllo dell'interesse pubblico e che declina con stabilità e chiarezza i rapporti patrimoniali tra le parti* [*cfr.* Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179)". In particolare e, senza pretesa di esaustività, con riguardo alle concessioni demaniali di beni, il momento pubblicistico, con diretta rilevanza esterna, è da ritenersi, in accordo

[1] M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

con la prevalente dottrina, ineliminabile in quanto esso contiene la determinazione con cui l'amministrazione dispone dell'interesse pubblico connesso al bene, esercitando la propria discrezionalità, a fronte della quale, la posizione soggettiva vantata dall'interessato ha la consistenza dell'interesse legittimo, pur accedendo, ad esso, usualmente un negozio contenente la regolamentazione convenzionale di specifici aspetti del rapporto, secondo il modulo tipico dei c.d. contratti accessivi.

I.2.2. Tanto precisato, nella specie, non vi è dubbio che i due momenti, quello pubblicistico e quello consensuale siano stati mantenuti nettamente distinti e separati. L'esercizio del potere pubblicistico si è consumato, infatti, allorquando il Comune ha deciso e disposto di rideterminare la durata della concessione e da essa è stato mantenuto separato il rapporto contrattuale nascente dal contratto accessivo alla convenzione. Nel rapporto amministrativo, infatti, l'Amministrazione ha conservato il suo carattere di autorità (nella specie, la potestà di riesame). Infatti, come correttamente osservato dal T.A.R. Firenze, con la Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, "*si è scelto, spendendo potere pubblicistico, di acconsentire alla rideterminazione della durata del rapporto concessorio in essere, attraverso la fissazione di un nuovo termine finale dello stesso*" ed, infatti, è con tale provvedimento che l'Amministrazione **ha disposto** di "(...) ***approvare un atto suppletivo di rideterminazione della durata della concessione demaniale n. 429 del 23.5.1977*** (...) ***annullando l'art. 1 e sostituendolo con un altro che indica il termine finale al 18/06/2050***".

I.2.3. Diversamente opinando, si configurerebbe in capo all'amministrazione il potere di annullare in via diretta non solo i propri atti, ma anche i negozi dalla stessa stipulati con le controparti private, mentre per questi ultimi l'ordinamento prevede esclusivamente il potere di recesso nei casi previsti dalla legge. Il legittimo annullamento dell'atto amministrativo può comportare la caducazione del

provvedimento negoziale che sulla base di esso è stato stipulato, ma non certo viceversa. È stato chiarito dalla giurisprudenza, infatti, che il potere di annullamento in autotutela non può che investire il provvedimento che precede la stipula di un atto negoziale con la Pubblica Amministrazione, ossia il provvedimento che conclude il procedimento amministrativo e che, per un verso, cristallizza la posizione del destinatario dell'azione amministrativa e, per altro verso, "*costituisce la manifestazione di volontà autoritativa su cui solo può incidere la potestà di annullamento in autotutela (che non può certo intervenire sull'atto di autonomia negoziale di cui è espressione il contratto successivamente stipulato)*" (così T.A.R. Lombardia, Milano, 02.07.2018, n. 1637; arg. ex Cons. Stato, Ad. Pl. 20 giugno 2014 n. 14; T.A.R. Valle d'Aosta, 13 luglio 2018 n. 36; T.A.R. Puglia, Lecce, 07.12.2016 n. 1845; T.A.R. Lazio, Roma, 01.06.2018 n. 6129). La stabile giurisprudenza dell'intestato Collegio è stata, sul punto, di eccezionale e risolutiva chiarezza specificando che "*l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto*" (C.d.S, 6 dicembre 2018, n. 6916; C.d.S., Sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256; C.d.S., Sez. IV, 12 maggio 2016, n. 3653.). In questi termini, lo schema utilizzato dalla Amministrazione appellante integra, come anzidetto, la fattispecie dei cd. contratti accessivi al provvedimento. Si tratta di tutti quei casi in cui vi è assoluta preminenza del provvedimento sul contratto, nel senso che le vicende afferenti al primo, determinano le sorti del secondo. Peraltro è proprio il TRGA Bolzano nella stessa sentenza citata dal Comune appellante (T.R.G.A. Bolzano, 11 novembre 2002, n. 495) ad aver affermato, nel definire i rapporti denominati "*concessione-contratto*", che "*la permanenza del rapporto*

contrattuale è condizionata dall'esistenza dell'atto amministrativo". Ogni qualvolta lo schema utilizzato dall'Amministrazione sia quello dei cc.dd. contratti accessivi, è la relazione di accessorietà e dipendenza del contratto dal provvedimento a precludere la possibilità di incidere, mediante l'esercizio dei poteri di autotutela, sul contratto stesso.

1.2.4. Oltretutto, si ricorda come il termine decadenziale di 18 mesi per l'annullamento in autotutela ha posto "*una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati*", **speculare – nella ratio e negli effetti – a quella "*dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino*"** (*cfr.* Cons. Stato, Comm. Spec., 15 marzo 2016, parere prot. n. 433/2016). Pertanto, anche a voler considerare il suddetto Atto Suppletivo come un vero e proprio provvedimento amministrativo, l'annullamento d'ufficio non sarebbe ammissibile in quanto **tale atto risulta meramente confermativo rispetto alla Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, della quale riproduce interamente il contenuto**. Come affermato da pacifica e consolidata giurisprudenza amministrativa, "*per stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo, e perciò non impugnabile, o di conferma in senso proprio e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, va verificato se l'atto successivo è stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi. Infatti, **l'atto amministrativo può qualificarsi come meramente confermativo nel caso in cui viene ribadita la decisione assunta nell'atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi e senza operare un nuovo apprezzamento dei fatti***". [*cfr.*, tra le molte, Cons. di Stato, sez. III, n. 6193/2017; T.A.R. Calabria, Catanzaro, n. 910/2018]. Nel caso di specie, l'Atto Suppletivo risulta evidentemente meramente confermativo della precedente determinazione dirigenziale. Basta confrontare i due testi per rendersi conto che il Comune non ha riaperto l'istruttoria,

essendosi limitato a riportare nell'Atto Suppletivo esattamente il medesimo contenuto della Determinazione Dirigenziale.

I.2.5. Di conseguenza, **l'annullamento in autotutela della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017 dell'8 maggio 2017 è stato disposto con la Determinazione Dirigenziale del Comune di . Area 1-Ufficio Demanio, prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018, allorquando erano già trascorsi oltre 18 mesi dall'adozione dell'atto annullato**. Il Giudice di primo grado, la cui decisione appare dunque immune da censure, ha correttamente rilevato che "*l'atto di annullamento d'ufficio, allorquando venga ad intervenire su una pregressa attività amministrativa articolata in momento pubblicistico seguito da atto negoziale o comunque paritetico, ha riguardo al momento pubblicistico a monte dell'atto negoziale*".

I.3.1. Parimente pretestuosa e infondata l'osservazione del Comune di
secondo il quale la prova della tempestività dell'autotutela sarebbe desumibile dall'**oggetto** della Determinazione Dirigenziale prot. n. 32915/2018 del 26.11.2018, recante «*l'annullamento dell'atto suppletivo del 25-05-2017, rep. n. 1810* [...]» (pag. 27 ricorso in appello). Si tratta di un'affermazione tautologica, priva di qualsiasi fondamento: **l'asserita legittimità dell'atto di annullamento in autotutela di cui alla determina n. 32915/2018 non può certamente ricavarsi dalla dicitura letterale dell'intestazione del provvedimento stesso** (come non poteva il provvedimento essere qualificato come revoca, pur recando tale dicitura nell'intestazione).

I.4.1. Parimenti inconferente e contraddittoria l'ulteriore affermazione addotta dal Comune appellante, per il quale l'(asserita) impossibilità di ancorare alla data di adozione della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017 la decorrenza del termine per l'esercizio del potere di autotutela, sarebbe confermata dalla circostanza per la quale "*le parti interessate ben avrebbero potuto determinarsi a non darvi seguito, omettendo di*

addivenire alla formalizzazione dell'atto suppletivo e, in tal modo, impedendo il prodursi di effetti giuridici definitivi verso l'esterno" (pagg. 27 e 28 ricorso in appello). Il potere amministrativo può essere o non essere esercitato, ma non residuano margini per ammettere, neanche astrattamente, la possibile spendita solo parziale del potere pubblicistico. Ma in disparte da ciò, la ricostruzione prospetta dal Comune è contraddetta dallo stesso dispositivo della determinazione n. 345/2017, **nella quale si è esaurito l'esercizio del potere amministrativo di annullamento e rideterminazione della originaria previsione della durata della concessione**. La rideterminazione della durata della concessione era già avvenuta e se le parti non avessero inteso disciplinare compiutamente altri aspetti del rapporto obbligatorio, non si sarebbe proceduto, con ogni probabilità alla stipula del contratto accessivo. Dunque, non milita certo in senso contrario la circostanza che le parti, in astratto, come osservato dal Comune, avrebbero avuto la possibilità di non dare seguito alla stipula della convenzione. Anzitutto, è circostanza del tutto irrilevante ai fini del presente giudizio e, in ogni caso, ove anche si considerasse tale (astratta e potenziale) possibilità, ciò non potrebbe inficiare, né svilire (e non si comprende come potrebbe farlo) la natura pubblicistica del potere esercitato dal Comune con l'adozione della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017. Anzi tale possibilità conferma la natura privatistica e non già provvedimentale dell'Atto suppletivo, **giacché lo strumento della cd. concessione-contratto non può** «***dar luogo ad un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive perché i soggetti della vicenda svolgono la loro azione su piani diversificati ed indipendenti che non possono omogeneizzarsi, anzi l'obbligazione del privato è condizionata dalla stessa sussistenza del provvedimento*** *(Con. St., sez. VI, 20 febbraio 2007, n.912)*" » (T.A.R. Veneto, Sez. I, 20.2.2013, n.

260). Anche sotto questo profilo, le eccezioni formulate dal Comune di

non meritano accoglimento.

I.5.1. Per le osservazioni sin ora svolte, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine di diciotto mesi, dunque, bisogna senz'altro riferirsi all'8 maggio 2017, al momento dell'adozione della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017 "*di approvazione dello schema di Atto Suppletivo di rideterminazione della durata della concessione demaniale*", **data in cui si consolidava definitivamente – all'esito della decennale istruttoria – l'affidamento della alla spettanza della rideterminazione trentennale.** L'Atto Suppletivo n. rep. 1810 del 25 maggio 2017, rappresenta l'atto negoziale meramente riproduttivo delle clausole del provvedimento amministrativo, il cui annullamento lo priverebbe di "*causa concreta*", ma che non può essere di per sè oggetto di poteri amministrativi. L'impugnato provvedimento di autotutela in data 26 novembre 2018 risulta perciò evidentemente tardivo ed in violazione del termine indicato dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241/90 poiché adottato oltre i diciotto mesi decorrenti dall'8 maggio 2017.

*** ***

II. **Sulla insussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della L. n. 241/1990**.

II.1. Nell'ultima parte dell'atto di appello (pagg. 28-34), il Comune con il malcelato intento **di sottrarsi alla censura assorbente di illegittimità del provvedimento impugnato, per essere stato adottato oltre il termine cogente di diciotto mesi prescritto dalla legge**, si induce ad addebitare alla Concessionaria una inesistente condotta contraria ai principi di leale collaborazione e trasparenza, in guisa, peraltro, da introdurre nel giudizio elementi nuovi ed estranei rispetto al *thema decidendum*.

In totale assenza di qualsiasi argomentazione veritiera a supporto della legittimità e della correttezza del provvedimento adottato, nei limiti delle risultanze del procedimento quali evincibili dalla relativa motivazione, l'odierno appellante, del tutto pretestuosamente, cita la giurisprudenza amministrativa che ha escluso la decorrenza del termine decadenziale dei diciotto mesi nel periodo precedente alla "*scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro*". La difesa del Comune prosegue con riferimenti ad un'asserita "*parziale, o addirittura erronea, rappresentazione dei presupposti necessari al conseguimento del riconosciuto vantaggio*", spingendosi persino a menzionare "*una condotta di falsificazione penalmente rilevante*" (sic!) addebitabile al privato a titolo di dolo o colpa grave.

Ebbene tali affermazioni, di cui si chiede la cancellazione – siccome **oltraggiose, del tutto gratuite, estranee alle esigenze della difesa, false e financo calunniose - sono del tutto infondate.**

II.2. Invero, come emerge, tra l'altro, dal verbale redatto all'esito dell'istanza di accesso da parte n. prot. 34918/2018 (**doc. n. 24** fasc. di primo grado), **l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione comunale si è basato esclusivamente sui medesimi elementi fattuali e giuridici già approfonditamente conosciuti ed esaminati dalla stessa nel corso della decennale istruttoria conclusasi con l'adozione del provvedimento di rideterminazione temporale della durata del rapporto concessorio.**

II.3. Del resto, **il provvedimento di autotutela oggetto del presente giudizio ha costituito il frutto di un'istruttoria durata in tutto tredici giorni lavorativi** (la comunicazione di avvio del procedimento è datata 7 novembre e l'atto di autotutela è del giorno 26 dello stesso mese), nel corso della quale non è stato acquisito alcun parere, perizia, né

sono state minimamente considerate le corpose ed accurate controdeduzioni della Concessionaria. Ciò rende del tutto chiara la superficialità, frettolosità e totale insufficienza all'adozione dell'atto di annullamento, come emerge, altresì, dalla grave carenza di motivazione del provvedimento rispetto all'onere rafforzato imposto per gli atti di autotutela (*cfr.* Cons. Stato, sez. V, n. 11/2011; Id, sez. VI, n. 4864/2010; Id, sez. IV, n. 6456/2006, Ad. Plen. 8/2017), cui la difesa ha tentato già in primo grado di supplire con l'inammissibile introduzione in giudizio dei contenuti motivazionali postumi del provvedimento impugnato.

II.4. Come è stato ampiamente dimostrato negli atti e documenti di primo grado, il Comune non è stato indotto in alcun errore. Al contrario, **tutte le informazioni diligentemente fornite dalla Concessionaria, la cui veridicità è stata altresì dimostrata dalle perizie e dai pareri *pro veritate* appositamente acquisiti, sono state approfonditamente e reiteratamente vagliate dall'Amministrazione, statale, prima, e comunale, poi, e di esse si è data piena contezza nella motivazione e negli allegati alla Determinazione Dirigenziale n. 345/2017 ed all'Atto Suppletivo.**

II.5. Il Comune asserisce che, soltanto in forza delle, non meglio specificate, risultanze della nuova verifica effettuata su impulso del nuovo organo politico eletto nel 2018, l'Amministrazione avrebbe potuto constatare che, "*contrariamente a quanto rappresentato dalla Società nel corso del procedimento istruttorio, gli importi dalla stessa dichiarati a giustificazione della pretesa rideterminazione del termine finale della Concessione non afferivano ai soli maggiori costi effettivamente sostenuti dalla medesima Società per i lavori di costruzione dell'approdo turistico, ma riguardavano soprattutto investimenti realizzati da sul bene successivamente al 1974 – anno in cui i lavori sono stati ultimati – e sino al 2006*".

II.6. Dalla documentazione prodotta emerge, invero, uno sviluppo del tutto opposto della

vicenda. È nello stesso parere legale, posto e base del provvedimento di autotutela, che si dà atto che tutti gli elementi disponibili erano stati messi a disposizione dell'Amministrazione comunale e, al contempo, si indica il criterio da seguire ai fini della rideterminazione della durata della concessione, ossia tener conto dei maggiori costi sostenuti per la realizzazione della struttura portuale rispetto a quelli preventivati. Sulla scorta di tale parere il Comune ha esercitato la propria discrezionalità adottando un provvedimento di annullamento d'ufficio e rideterminazione della durata originaria del rapporto concessorio, previo confronto procedimentale con la stessa istante. D'altronde, la qualificazione dell'istanza e l'assunzione di ogni conseguente determinazione è attività che spetta alla P.A. e di cui il privato è mero destinatario. È chiaro, allora, che l'indicazione degli ulteriori investimenti effettuati o deliberati dalla è stata esclusivamente funzionale a consentire all'Amministrazione comunale di apprezzare il valore attuale dei beni in concessione e di procedere ad una valutazione complessiva della valorizzazione del bene operata, negli anni, dalla Concessionaria.

II.7. Il fatto che la abbia fornito l'evidenza dei molti investimenti sostenuti dal 1980 per l'implementazione del porto, oltre che con riferimento al maggior costo per la realizzazione iniziale dell'opera, non ha peraltro indotto (né poteva indurre) l'Amministrazione in alcun errore, sotto diversi e concorrenti profili. Intanto, nel corso della decennale istruttoria, la giustificazione riguardante gli investimenti sostenuti dalla dal 1980 al 2006 è stato un fattore specificamente istruito dal Comune, puntualmente verificato e, infine, su indicazione del legale incaricato dall'Amministrazione stesso, considerato inidoneo a giustificare la rideterminazione del termine di durata della concessione. Dunque, **l'odierna appellata si è limitata, nel pieno rispetto delle attribuzioni del Comune, a mettere**

a disposizione dell'Amministrazione procedente ogni dato o documento in proprio possesso affinché le fosse concessa la rideterminazione cui legittimamente aspirava. Si ha, ancora una volta, conferma non solo che induzione all'errore non vi è stata, ma neppure vi è stato l'errore perché il provvedimento adottato è stato coerente con l'istruttoria svolta e la scelta (consapevole) effettuata dall'Amministrazione comunale. Di tanto dà conto la sentenza impugnata, avendo correttamente rilevato il Giudice di *prime cure* che "*La rideterminazione della durata della concessione originaria, **nella prospettazione comunale e in coerenza con i criteri enunciati nei pareri legali all'uopo acquisiti, ha considerato le risultanze della perizia relativa ai costi "nella sola parte in cui afferma (e documenta) un (maggior) costo, effettivamente sostenuto, per l'esecuzione del progetto originario (e non di altro) di euro 1.549.371,00 e quindi del 70,45% in più del costo stimato ex ante", mentre ha escluso le spese sostenute successivamente alla data di conclusione dei lavori (1974), spese quindi funzionali non già ad "eseguire il progetto come approvato", ma a gestire la struttura portuale, a migliorarla o adeguarla a nuove esigenze. Il senso dunque dell'operazione comunale vuol essere quello non già di concedere una proroga dell'originaria concessione ma di rettificare il termine finale stabilito nella concessione originaria, al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario tra spese di realizzazione dell'infrastruttura e durata della gestione della stessa, necessaria per recuperare le spese stesse".***

II.8. Appare, dunque, evidente la strumentalità dell'argomento dell'Amministrazione che vorrebbe qualificare la completa ed esaustiva ricostruzione fattuale fornita dalla Concessionaria come un tentativo di mistificazione, quando, al contrario, essa non fa che dimostrare quanto la stessa si sia prodigata per un decennio al fine di contribuire ad una decisione amministrativa informata ed accuratamente ponderata al fine di

scongiurare qualsiasi successiva possibilità di contestazione (che, infatti, non è mai avvenuta, se non ad iniziativa della stessa Amministrazione successivamente all'avvicendamento politico).

II.9. Altrettanto infondata, l'affermazione contenuta nell'atto di appello sul fatto che l'importo originariamente preventivato al momento dell'istanza di concessione sia stato confermato "*in occasione della stipula dell'Atto di concessione, quando – stante l'avvenuta ultimazione delle opere – la quantificazione dei costi non effettivamente sostenuti per la realizzazione delle stesse non poteva non essere certa e ben nota al Concessionario*". Al contrario, dagli atti del procedimento, nonché dalle premesse della originaria concessione, si evince chiaramente come **il pregiudizio derivante dalla mancata corrispondenza tra l'investimento sostenuto (diverso e maggiore in confronto a quello preventivato) e la durata complessiva del godimento del bene concesso è emerso nella sua intera consistenza in data di molto successiva rispetto all'accettazione della durata cinquantennale della concessione, avvenuta sulla base del programma di investimenti inizialmente stimato**. Si legge nelle premesse della concessione (*cfr.* doc. n. 2 fasc. primo grado) che "*con istanza in data 4 aprile 1968 (...) corredata da opportuni piani, la*

- ha chiesto all'Amministrazione marittima la temporanea concessione e l'uso di uno specchio acqueo ed arenile demaniale marittimo situato sulla spiaggia di

allo scopo di costruire e gestire un approdo per il diporto nautico per la durata di anni 80; - che con successiva istanza in data 24 giugno 1968 (...) la predetta Società ha chiesto l'anticipata occupazione delle aree richieste per dare tempestivo inizio ai lavori; (...) – che il Ministero della Marina Mercantile con dispaccio n. 5102938 G.52 ***in data 24 aprile 1970 ha autorizzato l'anticipata occupazione e l'immediato inizio dei lavori a condizione che la Società***

sottoscrivesse apposito atto di sottomissione, stabilendo in anni 50 (cinquanta) la durata della concessione; - che in data 19 giugno 1970 è stato sottoscritto l'atto di sottomissione n. 669, reg. concessioni n. 1444 rep. Atti, registrata a Livorno il 7 luglio 1970 al n. 1253 mod. I". In altri e più chiari termini, il riferimento alla data di stipula dell'atto concessorio non appare in alcun modo dirimente, in quanto chiaramente ripetitivo, né avrebbe potuto essere altrimenti, di quanto già amministrativamente deliberato, negli anni 1960 e 1970; anno quest'ultimo, in cui è stata autorizzata, come del resto innanzi testualmente riportato, l'anticipata occupazione e sottoscritto l'apposito atto di sottomissione contenente la predeterminazione della durata del rapporto concessorio. D'altronde, come rilevato negli stessi pareri acquisiti agli atti del Comune, quand'anche vi fosse stata l'iniziale acquiescenza al disequilibrio tra costi sostenuti e durata del rapporto concessorio, tanto non avrebbe precluso, sotto il profilo giuridico, la formalizzazione di un'istanza di rideterminazione in autotutela di detta durata, prima, ed all'esercizio dell'*ius penitendi*, poi. D'altronde, l'esercizio dello *ius penitendi* non è configurato, esclusivamente, a tutela dell'interesse del privato, ma anche e soprattutto, a tutela dell'interesse pubblico, da identificarsi, nel caso specifico, nell'interesse all'equilibrio economico-finanziario del concessionario, destinato a riflettersi sulla corretta implementazione e gestione del bene in concessione.

II.10. Tantomeno è sostenibile che la differenza fra la somma preventivata con il maggior costo per la costruzione del porto sia in realtà dovuta esclusivamente all'attualizzazione al 1974 dell'investimento sostenuto nel 1968. L'appena richiamata asserzione, oltre che rilevare per violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990, poiché sul punto è stato impedito alla di poter controdedurre in sede procedimentale, è priva di pregio pure nel merito. Come già ampiamente specificato nel ricorso introduttivo del primo grado del presente giudizio,

infatti, l'operazione cui ha proceduto il Comune è intrinsecamente fallace. Affinché si possano raffrontare spese omogenee, – che è lo scopo che muove il Comune nell'operare l'attualizzazione al 1974 – si sarebbe dovuto semmai utilizzare il criterio di attualizzazione del tutto speculare, raffrontando al 1968, e non certo al 1974, il solo ammontare della differenza fra l'investimento preventivato e l'effettiva spesa sostenuta, cioè all'anno in cui la Marina Cala Galera avrebbe dovuto far fronte al costo per la costruzione del porto, e che traduce in maniera corretta la differenza fra gli importi che hanno poi giustificato la rideterminazione. Invero, la durata del rapporto concessorio è stata determinata con riferimento all'anno 1968, sulla base del costo dei lavori stimato a tale data. Pertanto, l'unico metodo di attualizzazione possibile è quello della c.d. "*devalutazione monetaria*", ossia quello di riportare i costi sostenuti in epoche successive al momento inziale di riferimento (nella specie, il 1968), in tal modo, depurando il dato nominale degli investimenti successivamente effettuati (al 1973 e dal 1974) della componente di svalutazione *medio tempore* intervenuta ed accertata dall'ISTAT. Così operando, si raggiunge l'obiettivo voluto di disporre di dati omogenei, per poi eseguire, a conferma della correttezza del provvedimento di rideterminazione adottato dall'Amministrazione comunale, una semplice operazione di proporzione. **Se l'investimento preventivato nel 1968 (Euro 908.964,00) aveva dato luogo alla determinazione della durata di concessione in cinquanta anni, il maggior investimento effettuato negli anni successivi sino al 1974 (depurata della componente di svalutazione *medio tempore* intervenuta ed accettata, Euro 1.499.280, 56) non poteva che dar luogo, alla determinazione di una durata in anni 82,47, addirittura maggiore di quella rideterminata.** I calcoli sono tutti esplicitati e documentati nel contesto del ricorso introduttivo del primo grado del presente giudizio e nell'atto di costituzione ed agli stessi si potrà fare agevole

riferimento.

.

III. **<u>Sull'inammissibilità di un'integrazione postuma del provvedimento annullato.</u>**

III.1. Fermo quanto già dedotto nel contesto dell'atto di costituzione nel presente giudizio, all'atto della reiterazione dei motivi di censura assorbiti, con riferimento alla sussistenza di ragioni di pubblico interesse che ne legittimerebbero l'adozione, ancora una volta deve eccepirsi l'inammissibilità del tentativo di controparte di supplire a tale carenza con un'integrazione postuma della motivazione, in corso di causa.

L'obbligo motivazionale gravante sull'Amministrazione in sede provvedimentale costituisce invero "*il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della l. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile*" (Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247). Esso, per giunta, risulta ulteriormente rafforzato in sede di autotutela decisoria. La motivazione del provvedimento, presidio indispensabile delle garanzie procedimentali accordate al privato, per pacifica giurisprudenza, non può essere "*giammai "recuperabile" in sede giudiziale, stante il* ***<u>divieto dell'integrazione postuma, nell'ambito del giudizio impugnatorio, della motivazione del provvedimento gravato</u>***" (*ex multis* Cons. Stato, Sez.. VI, 13 maggio 2011, n. 2935).

III.2. Ebbene, a tale proposito, non possono che essere considerate alla stregua di un'inammissibile integrazione postuma delle motivazioni del provvedimento impugnato le avverse considerazioni circa le manifestazioni di interesse della [redacted] e di altri operatori non meglio specificati che sarebbero pervenute nel corso del giudizio.

A tal proposito, questa difesa ritiene sufficiente rappresentare che **<u>non risulta in atti alcuna manifestazione di interesse da parte di "*primari operatori del settore*</u>**

inseriti in network internazionali". **A tutto voler concedere, l'unica manifestazione di interesse pervenuta consisterebbe in una generica lettera del 2009 da parte della Olimpia Marine S.r.l.** (società cancellata dal registro delle imprese) mai emersa in sede procedimentale, né menzionata nel provvedimento oggetto del presente giudizio, non avendo avuto alcun seguito, e che non può certo assurgere ad elemento su cui fondare la legittimità dell'autotutela.

III.3. In primo luogo, come già ampiamente chiarito nella memoria di replica di primo grado, **dal subentro della non è discesa, né sarebbe potuta discendere alcuna posizione giuridica di vantaggio trasmissibile in favore di** , trattandosi, in caso, di un negozio di trasferimento privo di oggetto a contenuto patrimoniale, secondo quanto previsto dagli artt. 1321 e 1322 c.c.

D'altra parte, la posizione della (e/o della sua dante causa, ormai inesistente) – che **ha un capitale sociale di appena 10.000,00 euro, non è inserita in alcun network internazionale ed è sprovvista della necessaria struttura societaria, gestionale e patrimoniale per gestire un approdo per la nautica da diporto quale è – non è mai emersa in sede procedimentale, né ve ne è menzione nel provvedimento impugnato,** tanto che lo stesso Comune di non ha neanche ritenuto di doversi pronunziare.

A tal proposito, si ricorda che, in data 11 dicembre 2018, la ha presentato un'istanza di accesso al Comune, chiedendo l'ostensione di "***tutti gli atti e documenti, nessuno escluso, acquisiti nell'ambito ed in funzione del procedimento in autotutela conclusosi con l'adozione del … provvedimento di annullamento n. 1/2018***" (**doc. n. 23** fasc. di primo grado), in risposta al quale, con verbale prot. 34918/2018 (**doc. n. 24** fasc. di primo grado), l'Amministrazione ha rilasciato copia

(i) dell'atto suppletivo e relativi allegati; (ii) del testo dell'ordine del giorno della seduta della Giunta comunale del 25 ottobre 2018 (doc. n. 25 fascicolo di primo grado), chiarendo che "***non sussistono altri atti o delibere degli organi comunali al di fuori di quello indicato al punto 1 e dell'atto dirigenziale sopra citato***".

Pertanto, **per espresso riconoscimento del Comune, gli unici elementi sui quali si è basata l'istruttoria procedimentale prodromica all'atto di annullamento di ufficio sono stati lo stesso provvedimento annullato, con i suoi allegati, ed un verbale di una seduta della Giunta comunale** che incaricava il dirigente dell'area tecnica di effettuare "*un approfondimento sulla situazione del porto turistico di diretto a valutare la procedura che ha portato all'ampliamento della durata temporale della concessione originaria*" **(doc. n. 26** fasc. primo grado).

III.4. E, ancora, del tutto pretestuoso risulta l'assunto secondo il quale la mancata valutazione del mercato di riferimento avrebbe integrato un grave difetto di istruttoria e preclusa un'adeguata ponderazione dello stato del mercato del turismo nautico.

I presupposti da cui muove l'Amministrazione sono viziati da una macroscopica contraddittorietà, prima ancora che da un'evidente infondatezza: **non si comprende infatti come il Comune abbia avuto, da una parte, plurime manifestazioni di interesse da soggetti di primario rilievo – così come sostiene – e, dall'altro lato, contestualmente, non abbia avuto cognizione delle condizioni del mercato di riferimento**. Delle due l'una. O l'Amministrazione ha effettivamente ricevuto serie e comprovate manifestazioni di interesse e, allora, di tali manifestazioni vi dovrebbe essere prova (e così non è). E, soprattutto, se tali manifestazioni di interesse sussistono, il Comune avrebbe avuto elementi sufficienti per comprendere "*le condizioni ottenibili dal mercato di riferimento*". Oppure, nessuna significativa

manifestazione di interesse è pervenuta e, per l'effetto, il Comune ha avuto piena contezza dell'andamento del mercato.

III.5. Da ultimo, **ferma censura deve, inoltre, essere rivolta alla produzione documentale del Comune, con particolare riferimento ai docc.ti nn. 27 e 31, in quanto nuovi e mai prodotti e, comunque irrilevanti rispetto alla legittimità del provvedimento impugnato in primo grado, che l'Amministrazione tenta di giustificare alla luce di documenti formati successivamente.**

.

IV. **IN ORDINE ALL'ASSENZA DEL REQUISITO DEL *PERICULUM IN MORA*.**

IV.1. Del tutto prive di fondamento risultano, infine, le asserite esigenze cautelari connesse al pericolo di danno grave ed irreparabile.

IV.2. In primo luogo, non si comprende come il fatto che "*con nota acquisita al protocollo del Comune n. 25239/2019 del 7 agosto 2019, i soci della Società hanno diffidato l'Amministrazione comunale dal proporre appello avverso la decisione del Giudice di prime cure, minacciando l'avvio nei confronti dell'Amministrazione medesima di azioni risarcitorie per il ristoro dei danni subiti e subendi (...)* ***confidando finalmente sulla durata e stabilità temporale della concessione***" possa essere addotto come motivazione della richiesta di sospensione della gravata sentenza.

La circostanza evidenziata dall'appellante dimostra, invero, esattamente il contrario.

I soci gran parte dei quali, come innanzi accennato, hanno spiegato intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado, hanno rappresentato, in tale sede, di aver - prima dell'adozione del provvedimento in autotutela, poi annullato – compiuto atti di disposizione delle proprie partecipazioni azionarie ovvero di aver effettuato rilevanti investimenti, riponendo un legittimo

affidamento, anche in considerazione del tempo trascorso, sulla inoppugnabilità della rideterminazione della durata residua della concessione demaniale *de qua*, siccome avvenuta due anni addietro; atti di disposizione ed investimenti che erano stati gravemente pregiudicati dal provvedimento di autotutela illegittimamente adottato, sotto i concorrenti profili dagli stessi soci rappresentati in *prime cure*.

In esito alla pronuncia della sentenza impugnata, quindi, i soci dell.

., con la diffida cui fa riferimento la controparte – e di cui la Società, peraltro, è venuta a conoscenza, solo in esito alla notifica dell'avversa impugnazione – hanno autonomamente inteso sollecitare il Comune ad una doverosa riflessione circa l'adozione di ulteriori iniziative, ritenute temerarie, che, compromettendo la certezza circa la stabilità della rideterminazione della durata della concessione demaniale *de qua*, potessero determinare una reviviscenza ed un ulteriore aggravamento del pregiudizio da essi subito.

In buona sostanza, con detta diffida, i soci della non hanno fatto altro che invitare il Comune a prestare acquiescenza alla sentenza impugnata, riconoscendone la bontà della motivazione, cosa che, invece, non è accaduta, **con la stretta e vincolata conseguenza che la lesione paventata si è ormai verificata e, com'è evidente, la stessa è insuscettibile di essere rimossa da una pronuncia cautelare.**

La pendenza del ricorso determina, *ipso facto*, uno stato di obiettiva incertezza, circa la stabilità dei negozi e degli investimenti compiuti dai soci, sul presupposto della inoppugnabilità della rideterminazione della concessione demaniale *de qua,* che è insuscettibile di essere rimosso da un provvedimento cautelare, ma solo, ancora una volta, da una decisione, nel merito, della controversia.

È da aggiungere, infine, che il danno di cui è stato chiesto il ristoro, in sede civile, non è un danno da illecito provvedimentale, bensì un danno da "*contatto sociale qualificato*", per violazione del dovere di buona fede oggettiva e dei correlati "*obblighi di informazione e di protezione*", del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. "*egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poichè ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.*" [*cfr.* Cass. 12.07.2016 n. 14188]. Di conseguenza, anche sotto questo concorrente profilo, l'eventuale adozione del provvedimento cautelare *ex adverso* sollecitato non avrebbe rilievo alcuno sui pendenti giudizi risarcitori, avuto riguardo alla loro *causa petendi*.

IV.3. Il Comune, aggiunge, non riuscendo evidentemente a dimostrare la sussistenza di un pericolo grave ed irreparabile, atto a legittimare l'invocata misura della sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata "*che la concessione oggetto del presente giudizio scadrà a giugno 2020 e, quindi, fino a detta data nessun pregiudizio, anche in caso di sospensione della sentenza di primo grado, potrò prodursi in danno delle parti appellate*".

Si tratta, all'evidenza, di una sostanziale inversione dei termini della questione, atteso che la sospensione dell'efficacia esecutiva di una sentenza impugnata può discendere solo dall'allegazione, quanto al *periculum*, della sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile per il soccombente che verrebbe irrimediabilmente pregiudicato dal tempo occorrente alla definizione, nel merito, del giudizio di impugnazione e non dall'assenza di un pregiudizio per la parte vittoriosa nel merito che, proprio per tale ragione, essendo state già ritenute da un Giudice e nel corso di un giudizio, fondate le sue pretese, ha diritto a che la

statuizione resa in suo favore conservi l'efficacia esecutiva che l'ordinamento le riconosce e di cui la sospensione non può che costituire l'eccezione. E nella stessa prospettiva di inversione dei termini della questione, verrebbe da chiedersi quale la ragione della invocata sospensione cautelare della efficacia della sentenza di primo grado se il rapporto contrattuale è *medio tempore* comunque in vigore.

Ma il tema è un altro, perché l'assunto di controparte si rivela non solo non pertinente, per quanto detto, ma neppure rispondente al vero, ove si consideri che la **concessione della misura cautelare *ex adverso* invocata, riportando la scadenza della concessione alla data del 19 giugno 2020, determinerebbe un pregiudizio per la , questo sì, connotato dai requisiti della gravità ed irreparabilità.**

Basti considerare, anzitutto, che in una siffatta eventualità, la ,

non solo non potrebbe programmare la prossima stagione estiva di gestione del porto, così vedendosi preclusa la propria attività caratteristica, non potendo certo detta programmazione concentrarsi ed esaurirsi nelle prime due decadi del mese di giugno, ma, soprattutto, perderebbe la contribuzione dei soci che costituisce pressoché integralmente la fonte dei propri ricavi.

In caso di sospensione, infatti, i soci della - sia quelli originari sia quelli che lo sono divenuti, successivamente, taluni peraltro da poco più di un anno, proprio facendo affidamento sulla rideterminazione della durata della concessione demaniale *de qua* - non potendo contare sulla fruizione dei posti barca in località per l'intera stagione estiva, com'è d'uso, ma solo fino alla data del 19 giugno 2020, si attiverebbero immediatamente per il reperimento, presso altre strutture per la nautica da diporto, di altri posti barca, cessando

conseguentemente ogni contribuzione in favore della Concessionaria che sarebbe ritenuta *sine causa*.

Non va sottaciuto, al riguardo, che la è una società caratterizzata da un azionariato diffuso, la cui struttura è riconducibile al *genus* della multiproprietà azionaria impura, posto che alle partecipazioni sociali corrisponde il diritto dei soci alla fruizione degli ormeggi delle barche e dei servizi comuni. La Concessionaria, dunque, svolge la propria attività caratteristica, pressoché esclusivamente, sulla base delle sole contribuzioni dei soci, a fronte, appunto, della fruizione, da parte degli stessi, dei posti barca, non riuscendo ad ottenere dalla gestione dei posti-barca di transito, in ragione della loro esiguità, un ricavo sufficiente a far fronte agli oneri connessi alla gestione delle strutture portuali. Di conseguenza, ove i soci fossero costretti a non poter contare su un posto barca per la prossima stagione estiva, si attiverebbero per cercarne un altro e, dunque, cesserebbero ogni contribuzione da parte loro, in quanto funzionale alla fruizione di servizi di cui non potrebbero poi godere.

Nella fattispecie, il complesso aziendale mantiene il proprio valore, anche in termini occupazionali, solamente in continuità e nella prospettiva di poter proseguire la propria attività caratteristica, mentre l'impossibilità di garantire ai soci la possibilità di fruire dei posti barca porterebbe immediatamente gli stessi a rivolgersi ad altri concessionari del settore, con una immediata grave perdita di valore, non più recuperabile, non solo dell'attivo patrimoniale, che non sarebbe più sufficiente neppure a mantenere gli attuali livelli occupazionali, ma anche dell'avviamento. Dunque, in caso di concessione della misura cautelare *ex adverso* invocata, nel tempo occorrente alla decisione, nel merito, del ricorso, verrebbe compromessa la sopravvivenza stessa della Concessionaria che, dunque, subirebbe

essa sì un danno grave ed irreparabile, che, come è noto, si configura anche nell'ipotesi di impossibilità o grave difficoltà della *restitutio in integrum* della posizione soggettiva del privato che si realizza quando gli strumenti di tutela esistenti, non esclusa la reintegrazione in forma specifica, non siano in grado di garantire, come nella specie, un integrale soddisfacimento delle posizioni soggettive lese.

IV.4 In tale contesto, peraltro, si produrrebbe anche una grave lesione dell'interesse pubblico, in quanto il porto di – che, sino ad oggi, ha costituito una vera e propria eccellenza, tra le strutture per la nautica da diporto del litorale toscano, proprio grazie all'impegno ed alla dedizione della Concessionaria che ha potuto contare sulle contribuzioni dei soci – verrebbe sostanzialmente abbandonato. Nella descritta situazione, inoltre, cesserebbero sia le attività imprenditoriali caratteristiche intese alla manutenzione delle imbarcazioni dei soci, spostate altrove, sia quelle cantieristiche sia, infine, quelle commerciali che hanno costituito la fonte di sostentamento di intere famiglie, che perderebbero la loro clientela di riferimento. E ciò è ancora più grave, nella situazione di crisi economico-congiunturale dell'economia italiana.

IV.4. Peraltro, ove davvero il Comune intendesse bandire una gara per la gestione del porto nelle more della definizione, nel merito, del presente giudizio, tanto non solo non consentirebbe, per le tempistiche che una siffatta procedura richiederebbe, un subentro fisiologico nella gestione delle strutture portuali, ma esporrebbe l'Amministrazione ad un sicuro rischio di azioni risarcitorie, ben maggiore di quello cui già è stata esposta a causa dell'annullamento di ufficio, da parte delle imprese eventualmente intenzionate a parteciparvi, qualora, come si auspica, il ricorso in appello fosse respinto nel merito. E, d'altronde, proprio in considerazione

di ciò, in sede cautelare dinanzi al TAR per la Toscana, lo stesso Comune aveva optato per l'opportunità di una rapida decisione nel merito, in luogo della discussione sull'istanza cautelare di sospensione.

IV.5. In conclusione, una volta nuovamente ingenerata, con la proposizione dell'atto di appello, una situazione di obiettiva incertezza circa le sorti del rapporto concessorio e, in particolare, circa la sua durata, l'unico provvedimento atto a garantire una composizione degli interessi contrapposti, non può che essere costituito da una sollecita definizione della controversia nel merito. Provvedimento che, peraltro, ove fosse auspicabilmente di rigetto dell'avversa impugnazione, varrebbe a contenere gli esiti risarcitori delle azioni avviate sulla base come anzidetto della denunciata lesione dell'affidamento qualificato.

*** ***

P.Q.M.

Si conclude affinché l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito, in accoglimento degli argomenti sopra rassegnati, voglia respingere la domanda cautelare perché inammissibile e infondata, con refusione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio a carico dell'appellante.

Roma, 20 novembre 2019

Prof. Av

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sezione V – R.G. N. 8456/2019

MEMORIA PER UDIENZA CAUTELARE 28.11.2019

PER

in persona del legale rappresentante pro tempore, I , in persona del legale rappresentante pro tempore, ..., in persona del legale rappresentante pro tempore e (A.))

NEL RICORSO PROPOSTO DA

), con sede in

, in persona del Sindaco pro tempore,

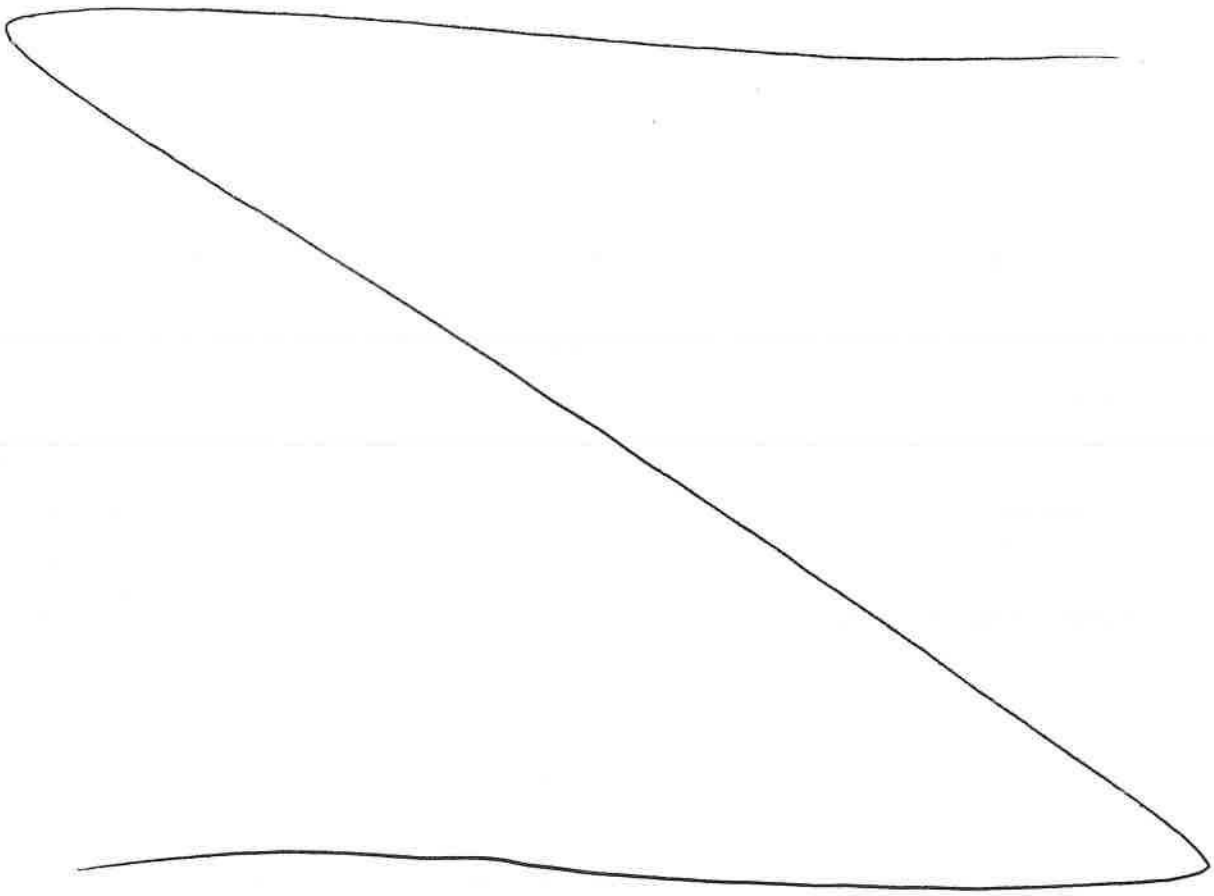
CONTRO

., in persona del legale rappresentante pro tempore;

E NEI CONFRONTI DI

in persona del Presidente della Giunta Regionale pro tempore;

NONCHE' DI



NONCHE' DI

, in persona del legale rappresentante pro tempore;

DANDONE NOTIZIA A

in persona del legale rappresentante pro tempore;

per l'annullamento e/o la riforma previa sospensione cautelare

della sentenza del Tar Toscana, Sez. II, n. 1060/2019, depositata in data 10 luglio 2019, notificata il successivo 15 luglio 2019, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da

, resa nell'ambito del giudizio recante numero R.G. 186/2019, proposto

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- della Determinazione Dirigenziale del , 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 conseguenziale»

- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

BREVE PREMESSA IN FATTO

Volge all'attenzione del Collegio la vicenda avente ad oggetto la Determinazione Dirigenziale prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018 con cui il 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

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 , 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 , Comune di (GR).

E' fatto notorio che, sin dal 2007, la , in ragione di un aumento dei "*costi per l'esecuzione del progetto originario*", tale 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 alle Regioni e per il suo tramite al Comune di) **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 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 Determina Dirigenziale n. 345 di approvazione dello schema di Atto Suppletivo.

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, 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 si sono avvicendate.

A ciò si aggiunga che i Soci della ., a seguito dell'atto suppletivo del Maggio del 2017, confidando finalmente sulla durata e stabilità temporale dell'atto concessorio hanno a loro volta **liberamente optato per cedere le proprie quote azionarie**, così da potere sviluppare un legittimo investimento, anche incrementando il proprio pacchetto azionario. Allo stesso modo e per le stesse ragioni- sempre legate al prolungamento della concessione sino al 2050 - **soggetti prima esterni alla compagine societaria si sono determinati ad acquistare azioni della 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 , con atto dirigenziale, aveva deciso di annullare la rideterminazione del termine riconducendo, dunque, la scadenza della concessione alla data originaria del 19 Giugno 2020.

Superfluo specificare che i soci, in spregio dei più basilari principi di partecipazione procedimentale, **non hanno ricevuto né da parte del Comune di 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, allo stesso modo chi ha affittato un posto barca nello stesso periodo.

Per queste ragioni, infatti, l'associazione 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.

Alla luce delle argomentazioni sopra individuate, i soci ed i titolari degli esercizi commerciali sono intervenuti *ad adiuvandum* nel ricorso proposto dalla dinanzi al Tar per la Toscana che, con la sentenza oggi appellata, ne ha deciso l'accoglimento, annullando la determina dirigenziale n. 32915/2018 il cui contenuto è stato trasfuso nel successivo atto di annullamento d'ufficio nominato *"provvedimento di revoca n. 1/2018"*

***

Dall'ampia disamina in fatto che precede si ricava l'assoluta infondatezza del ricorso proposto avverso la sentenza n. 1060/2019 correttamente motivata del Giudice di prime cure e ci si riserva di replicare dettagliatamente alle censure proposte dall'odierna appellante e, in ogni caso, si ripropongono sin d'ora, ai sensi dell'art. 101, secondo comma, c.p.a., le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, con la quale, ritenuto fondato e assorbente il profilo di doglianza attinente al termine di esercizio del potere di autotutela, in accoglimento del ricorso proposto dalla , è stato annullato il provvedimento impugnato.

***

Tanto premesso, dato per noto il contenuto della Sentenza del Tar della Toscana n 1060/2019 la presente memoria persegue lo scopo principale di replicare sull'insussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'accoglimento dell'istanza cautelare ex art. 55 c.p.a., tanto con riferimento al **fumus boni iuris**, per il quale si dirà nel prosieguo della trattazione anche alla luce delle osservazioni già svolte nel corso del giudizio di primo grado, quanto con riferimento al **periculum** paventato dal ricorrente, non solo insussistente e non meritevole di tutela, ma soprattutto destinato a retrocedere rispetto al pregiudizio che, per contro, verrebbero a subire la e gli stessi soci

ed esercenti commerciali, nell'ipotesi in cui all'esito del giudizio la domanda spiegata da Comune di dovesse rivelarsi infondata.

Sul *periculum in mora*

In punto di periculum in mora, occorre precisare che l'art. 55 c.p.a., annovera tra i presupposti delle misure cautelari "*il pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato*".

Per quanto attiene alle esigenze cautelari, la parte ricorrente tenta di sostenere che solo la sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado consentirebbe al Comune "*da un lato, di assolvere alla propria funzione di tutela degli interessi della comunità, aprendo alla concorrenza e a soluzioni potenzialmente migliorative dell'utilizzo dell'area demaniale de qua, tutelando la certezza dei rapporti giuridici con e tra i soggetti interessati; dall'altro, tutelerebbe lo stesso Comune da eventuali azioni risarcitorie*".

Tale prospettazione sembra scontare ineludibili **vizi logici**:

- per un verso, infatti il Comune, **ribadendo la prevalenza di tutela delle esigenze concorrenziali**, sembra ancora una volta non tenere in minimo conto, che un valido esercizio del potere di autotutela, avrebbe richiesto la ponderazione di tutti gli interessi rilevanti coinvolti, soprattutto di quello all'affidamento legittimo dei soci e della .

E' indubbio, infatti, che la tutela del bene della concorrenza – il **quale nella specie prima assurgeva a rango di interesse pubblico perseguito con l'atto di autotutela ed oggi addirittura ad elemento probante esigenze cautelari** - avrebbe presupposto una contemporanea valutazione della posizione dei soggetti che rischiavano di subire un pregiudizio in ragione dell'intervento dei pubblici poteri.

D'altro canto, come già ampiamente motivato nel ricorso di primo grado 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.**

CIO' VALGA ANCOR DI PIU' PER I SOCI DELLA ___ VISTO CHE GLI INVESTIMENTI ERANO LEGATI ALL'ESECUZIONE DEL PROGETTO DEL 1974 E CHE IL PRIMO ATTO DI ASSENSO AL PROLUNGAMENTO SI E' AVUTO NEL 2008!

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.

In termini più esemplificativi, il Comune di _ , 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.

TUTTE ATTIVITA' CHE CHIARAMENTE IL COMUNE DI - PUR ESSENDO IN CONDIZIONI DI SVOLGERLE - HA OMESSO PER ANNI, MA CHE VORREBBE FARE OGGI, CON PRESUNTA URGENZA, PUR NON AVENDONE PIU' ALCUN POTERE!

Si aggiunga 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*".

Tale circostanza sembra rendere del tutto evidente l'esigenza che quest'aspetto venga valutato in relazione al merito della presente impugnazione, giammai nella sua fase cautelare!

Dunque, in forza di quanto affermato sembra del tutto illogico e contraddittorio sostenere che l'esigenza di tutela della "concorrenza" possa assurgere a baluardo del petitum cautelare, tanto per la ragione che la sussistenza o meno del requisito

– identificando il motivo di interesse generale posto dalla p.a. a giustificazione del provvedimento oggetto della presente impugnazione - attiene squisitamente al merito della questione, quanto perché l'eventuale apertura al mercato determinerebbe il contrario effetto di ledere (ancora una volta) il legittimo affidamento dei soci e della . che il Tar Toscana, al contrario, ha correttamente ritenuto di preservare nella vicenda in esame.

- Per altro verso, **quanto al paventato pericolo che il Comune venga esposto ad eventuali azioni risarcitorie** proprio in forza della richiesta con cui è stato diffidato dall'intraprendere ulteriori azioni giudiziarie a tutela del proprio comportamento (già dichiarato illegittimo dal Tar di Firenze), sembra che ancora una volta non sia stato correttamente colto il *punctum dolens* della questione: nella lettera di Agosto, così come nel corso di tutto il giudizio di primo grado, i soci hanno lamentato proprio quei **danni derivanti da quella situazione di instabilità** dei rapporti determinata dall'annullamento dell'atto suppletivo e che oggi verrebbe a riproporsi in caso di sospensione dell'efficacia della sentenza del Tar.

In quest'ottica appare dunque necessario porre l'accento sul danno grave ed irreparabile che l'accoglimento della presente istanza cautelare determinerebbe non solo nei confronti della Società – come argomentato dal ricorrente principale – a causa del rischio di fallimento connesso alle cifre investite ed agli incarichi attribuiti, ma anche (e soprattutto) avendo riguardo ai soci che sono anche titolari di posti barca o esercenti attività commerciali.

E' infatti di palese evidenza che, **ove fosse concessa la sospensione dell'efficacia della sentenza emessa dal Tar Toscana, quel già citato fenomeno di speculazione della vendita delle azioni societarie continuerebbe a proliferare e, nelle more del giudizio, a diventare irreparabile sarebbe il danno arrecato ai soci ed agli esercenti attività commerciali nel porto di** Così operando, infatti, i soci si troverebbero a veder definitivamente compromesso il valore patrimoniale delle proprie quote societarie, senza peraltro che le loro posizioni siano state minimante prese in considerazione in quella pur necessaria attività di bilanciamento degli interessi che l'Amministrazione procedente è tenuta a compiere a fronte di un atto di autotutela come quello di specie.

Infine, in termini prettamente giuridici preme rilevare che secondo un orientamento ormai consolidato, la possibilità che siano risarcite tutte le posizioni soggettive azionabili dinanzi al GA, non può incidere, né in positivo, né in negativo sull'invocabilità della posizione interinale, pena la

vanificazione della principale tutela caducatoria rispetto alla quale l'intervento cautelare è come noto servente e strumentale.

Sul *fumus boni iuris*

Ritenendosi sufficientemente dimostrata, dalle considerazioni che precedono l'assenza dell'elemento del *periculum* in mora, pur riservandosi di argomentare ulteriormente nel merito della controversia, deve in questa sede rappresentarsi che il *petitum* cautelare si mostra carente anche sul profilo della fondatezza delle censure dedotte, in quanto - come efficacemente osservato dal Tar nella sentenza oggetto del presente gravame - **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 palese carenza dei relativi presupposti di legge.**

In particolare, appare del tutto immotivata la **censura volta a contestare l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione dell'art. 21 nonies L. 241/90, in quanto assunto oltre il termine di 18 mesi.**

Al fine di contestare la decisione del Giudice di Prime Cure, infatti, la parte ricorrente tenta di sostenere che l'atto rilevante ai fini dell'individuazione del termine iniziale di decorrenza dei 18 mesi, contemplati dall'art. 21-nonies della L.241 del 1990 per il rituale esercizio del potere di annullamento in via di autotutela, non debba essere rinvenuto nella Determina Dirigenziale n. 345 del 2017- come correttamente afferma il Tar - bensì nell'Atto Suppletivo successivamente stipulato tra il Comune e la Società.

In sintesi, a sostegno delle proprie ragioni, il Comune richiama il risalente modello della concessione-contratto muovendo dall'assunto che la concessione debba essere considerata "*atto complesso, costituito dalla volontà dell'amministrazione di mettere a disposizione un bene di proprietà pubblica e destinato ad assolvere a scopi di pubblico interesse, da una parte, e dalla concorrente ed essenziale volontà del privato concessionario di accettare le (e sottomettersi alle) condizioni di utilizzo tutte, predeterminate dall'amministrazione, e fissate nell'atto formalmente negoziale, in realtà parte integrante e soprattutto costitutiva della struttura, del contenuto e degli effetti del provvedimento autoritativo concessorio.*" (pag. 21 del Ricorso in Appello)

Ebbene, tale argomento appare del tutto destituito di fondamento, in quanto, come ricorda il Tar "***l'atto di annullamento d'ufficio, allorquando venga ad intervenire su una pregressa attività amministrativa articolata in un momento pubblicistico seguito da un atto negoziale o comunque paritetico, ha riguardo al momento pubblicistico***"(pag. 11 sentenza di primo grado).

Aderendo a tale interpretazione – già fatta propria da Codesto Consiglio di Stato con la Plenaria n. 14 del 2014 nell'analoga ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione nei contratti pubblici

- descrivere il rapporto concessorio in termini di concessione-contratto non vale a spostare il *dies a quo* di decorrenza del termine di 18 mesi di cui all'art. 21-nonies della L.241 del 1990.

Ed invero, anche l'orientamento che ricorre alla figura della concessione-contratto muove dall'assunto che la concessione nasce da un provvedimento amministrativo, cui accede un contratto privatistico. In questa prospettiva, la fattispecie concessoria risulterebbe, dunque, dalla combinazione di due momenti giuridici: uno, autoritativo, identificabile nell'atto unilaterale, mediante il quale l'amministrazione accerta la rispondenza al pubblico interesse e trasferisce l'esercizio del potere; l'altro, paritetico, rappresentato da una convenzione di diritto privato, integrativa della determinazione unilaterale della P.A.

Ebbene, posto che il potere di annullamento in autotutela non può che essere diretto verso un provvedimento amministrativo, nella specie lo stesso non potrebbe che essere diretto verso la "Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8.05.2017 di approvazione dello schema di Atto Suppletivo di rideterminazione della durata della concessione demaniale".

Diversamente opinando, (come si spinge a fare la parte ricorrente) si finirebbe per configurare in capo all'amministrazione il potere di annullare in via diretta non solo i provvedimenti amministrativi, ma anche i negozi stipulati con le controparti private, mentre per quest'ultimi l'ordinamento e la granitica giurisprudenza riconoscono esclusivamente un potere di recesso nei casi previsti dalla legge.

In forza di tali prospettazioni, dunque, il Giudice di Prime Cure ha fatto ineccepibile applicazione delle norme che regolano la fattispecie, nel sostenere che "*nella specie l'annullamento in autotutela posto in essere dall'Amministrazione non può che avere ad oggetto la determinazione amministrativa nella quale si è scelto, spendendo potere pubblicistico, di acconsentire alla rideterminazione della durata del rapporto concessorio in essere [...] essendo quello il momento di scelta pubblicistica, rispetto al quale la successiva stipula dell'atto suppletivo, si pone come meramente consequenziale*". (Cfr. pag. 12 sentenza Tar - Toscana)

Le valutazioni appena riportate sono pertanto idonee a dimostrare come, avendo l'annullamento d'ufficio la funzione di far valere l'illegittimità della scelta pubblicistica compiuta, il *dies a quo* per porlo in essere non può che essere collocato nel giorno 8 Maggio 2017 (giorno di assunzione della succitata delibera) e che dunque ponendosi il *dies ad quem* al 26 Novembre 2018, l'atto di autotutela è stato adottato in palese violazione del termine di 18 mesi di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990.

***

La sentenza impugnata ha ritenuto assorbente il primo dei dedotti profili di illegittimità e, pertanto, l'atto di appello si concentra esclusivamente su questo punto, sul quale ci si riserva di replicare anche nel termine per il deposito delle memorie difensive *ex* art. 73 c.p.a., mentre si ripropongono

espressamente, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., gli ulteriori motivi non esaminati, siccome assorbiti.

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

In merito al mancato rispetto delle garanzie procedimentali, il provvedimento dell'Amministrazione comunale oggetto della presente impugnazione - oltre a non aver minimamente preso in considerazione le ragioni dei soci e degli esercenti attività commerciale né dal punto di vista contenutistico, né in qualità di destinatari degli atti predecisionali - merita di essere ulteriormente censurato anche avendo specifico riguardo al criterio generale del *contrarius actus*.

Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato a più riprese, che in base al principio del *contrarius actus*, per l'emanazione di un provvedimento di ritiro devono essere usate le stesse forme e la medesima procedura seguite nell'adottare l'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 d[illegible]

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 (l'Ufficio del Genio Civile per le opere Marittime di Roma, l'Intendenza di Finanza di Grosseto, la Soprintendenza ai Monumenti per le Province di Siena e Grosseto, il comando zona Fari e Segnalamento marittimo Alto Tirreno di La Spezia, L'Ufficio del Medico Provinciale di Grosseto, il Ministero della Marina Mercantile ed il Ministero dei Trasporti, Il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Toscana- Umbria, La Conferenza paesaggistica tenutasi presso la Direzione Urbanistica e delle Politiche abilitative della Regione- Toscana- Settore Tutela, Riqualificazione e Valorizzazione del Paesaggio-).

Nell'emanazione del provvedimento di annullamento da parte del Comune d[illegible] vi è stato, al contrario, un totale inadempimento delle prescritte formalità pubblicitarie, perfino nei confronti di quei soggetti che avevano partecipato all'atto di primo grado, ed è stata ignorata qualunque ulteriore adempimento istruttorio. **Il procedimento di annullamento ed i relativi avvisi sono stati rivolti esclusivamente alla Società**

E' chiara quindi la violazione delle condizioni procedimentali e motivazionali prescritte da un corretto esercizio del potere di autotutela: il Comune, avvalendosi di un'attività di secondo grado incidente su situazioni giuridiche *medio tempore* consolidatesi, avrebbe dovuto attenersi a stringenti 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 considerazioni 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.

L'atto è motivato essenzialmente sulla necessità e sulla 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*".

Sul punto, è appena il caso di precisare che, come sarà ben noto a codesto Collegio, siffatti principi "cardine" dell'ordinamento comunitario, tratti sia dalla Direttiva Servizi 2006/123/CE, c.d. Direttiva Bolkestein, che dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE – con particolare riferimento all'art.49 - devono essere intesi quale **elemento da analizzare in concreto e dunque avendo riguardo a tutte le circostanze di fatto coinvolte.**

Dunque, in disparte le motivazioni, già ampiamente sostenute, per cui nel caso che involge l

non si verte in tema di "proroga" ma di rideterminazione del termine di concessione, sembra ad ogni modo doverosa qualche osservazione sulla motivazione resa dall'amministrazione comunale nel provvedimento di annullamento: **la disapplicazione dei principi europei in tema di concorrenza.**

In sintesi, la stessa Corte di Giustizia, nella più nota delle sentenze intervenute in materia di legittimità delle concessioni demaniali **(14 luglio 2016, n.C-458/14),** pur nella censura alla prassi della "proroga" nazionale, per contrasto con l'art. 12, paragrafo 1 e 2, Direttiva 2006/123, riconosce **margini di discrezionalità** allo Stato e dunque alle amministrazioni comunali oggi titolari del relativo potere, in merito alle valutazioni, puntuali, che devono essere prese di riferimento **caso per caso.**

Come già affermato in punto di periculum, la tutela del bene della concorrenza, che nella specie assurge a rango di interesse pubblico perseguito con l'atto di autotutela, presuppone un'attività istruttoria e dunque un'indagine comparativa sui risultati più efficienti ed efficaci ricavabili affidando il relativo bene demaniale ad una determinata società piuttosto che ad un'altra.

L'apprezzamento economico della concessione, e dunque la sua valutazione secondo termini di proficuità, consente infatti di stabilire il rendimento, in termini potenziali, della concessione stessa,

secondo quel principio che, a mente dell'art. 37 comma 2 Cod. Nav., vuole che nell'ipotesi di più domande di concessione venga preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione [...], mentre la collocazione geografica permette di stabilire il legame tra titolo e luogo/ambiente, e di contestualizzare la concessione stessa.

In tale ottica, è di palmare evidenza che, il Comune c [illegible] .), si sarebbe dovuto interessare ed adoperare per 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. Sul punto si evidenzia, inoltre, che già 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.

Del resto, affermando apoditticamente in motivazione **la priorità della tutela del bene della concorrenza, senza alcuna ragione posta a sostegno della stessa, senza alcuna verifica del contesto economico e di valore di mercato del canone,** non si riesce davvero a comprendere come l'Amministrazione comunale sia riuscita a 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.

Dunque, 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 motivazione carente ed irragionevole ed 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.

Occorre evidenziare che come è ormai pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza e come dimostrato anche dall'evoluzione normativa in materia, la pubblica amministrazione, nell'espletare il proprio potere di riesame è tenuta ad occuparsi dei pregiudizi che **può determinare nei confronti dei privati che hanno fatto affidamento sulla situazione giuridica determinata del provvedimento di primo grado.** Questo è il motivo per cui la legge impone alla pubblica amministrazione di tenere adeguatamente conto di questi interessi nel momento in cui riesercita i suoi poteri. In primo luogo, si può richiamare l'articolo 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990, nella parte in cui afferma che l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo può avvenire per

ragioni di interesse pubblico, ma solo se esercitato entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. In più, venendo alla fattispecie in giudizio, la normativa di riferimento è la direttiva 2006/123/UE in cui ricadono anche le concessioni demaniali (*"la direttiva intende infatti riunire nello stesso significato di "autorizzazione" tutti i tipi di atti amministrativi ivi compresi gli atti concessori"*). La direttiva, pur ponendo come regola la messa a gara delle concessioni, prevede un'eccezione all'art. 12 par 3 in riferimento a motivi imperativi d'interesse generale, tra i quali, rientra a pieno titolo **il principio della tutela del legittimo affidamento,** secondo cui il richiedente *"poteva aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e aveva fatto i relativi investimenti"* (Lageder *la proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* Europea, in www. giust.amm).

Nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, dunque, il principio del legittimo affidamento costituisce un criterio regolativo del confronto tra due esigenze fondamentali: la certezza delle regole che presiedono all'agire della p.a. e, dall'altro, la tutela dell'equo trattamento del singolo nel caso concreto.

Tale principio, quindi, è un canone essenziale del modo di manifestarsi del potere e del rapporto tra autorità e libertà.

In forza di tali coordinate ermeneutiche appare con evidenza che il provvedimento impugnato, nella parte in cui non giustifica, né prende assolutamente in considerazione gli interessi delle parti private destinatarie dell'atto, viola la Dir. 2006/123/UE e reca un *vulnus* grave al legittimo affidamento dei ricorrenti.

d) NULLITA' DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO PER MANCANZA DI UN ELEMENTO ESSENZIALE: LA VOLONTA'.

Merita infine rilievo la questione inerente alla nullità del provvedimento gravato per carenza di un elemento essenziale per effetto dell'art. 21 *septies* della L. 241 del 1990: la volontà.

La norma in esame, come interpretata dalla principale giurisprudenza, prescrive che il requisito della volontà, con riferimento al procedimento amministrativo, deve intendersi **come volontà procedimentalizzata,** conseguentemente, se la volontà dell'ente emanante l'atto finale è deviata, perché ad esempio vuole porre in essere condotte criminose, 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, come già rappresentato la condotta del Comune di concessione prima e di revoca poi, in assenza di qualsivoglia basilare norma di trasparenza (né una comunicazione ai soci, né una pubblicazione, né una notizia di stampa)

se si dovesse ritenere integrato il dolo, rischierebbe di integrare le fattispecie criminose previste e punite dagli artt. 2637 c.c. e 501 c.p.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che se il provvedimento amministrativo vene a formarsi in un ambiente collusivo penalmente rilevante, vada considerato nullo per mancanza dell'elemento essenziale della volontà. 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).

***

Alla luce di tutto quanto esposto, la domanda proposta dalla ricorrente in questa sede è sprovvista del benché minimo fondamento o parvenza di diritto e dovrà necessariamente essere rigettata persino nello stesso interesse del Comune.

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 .

effettuate tra il 25 Maggio 2017 ed il 26 Novembre 2018

***

Tutto ciò premesso, i soci in epigrafe, come sopra rappresentati e difesi assumono le seguenti conclusioni e

CHIEDONO

"che il Consiglio di Stato, previo rigetto dell'istanza cautelare, dichiari infondato il gravame, con il favore delle spese di giudizio".

Roma 11 Novembre 2019