

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sezione V

MEMORIA

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

NEL RICORSO IN APPELLO PROPOSTO CONTRO

Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

E NEI CONFRONTI DI

Regione Toscana, in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*;

NONCHE' DI

- **Ranieri Randaccio**;
- **Vincenzo Rienzi**;
- **Bruno De Gasperis**;
- **Comitas - Coordinamento Microimprese per la Tutela e lo Sviluppo**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- **Ranalli Immobiliare S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- **Nautica Cala Galera S.p.A. e Nautica Due S.p.A.**, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*;
- **Sea View 4 Corporation**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- **Immobiliare Anna Perenna S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- **Cinzia Antonia Scalise;**
- **Rodolfo Vignocchi, Edoardo Apuzzo, Francesca Todini, Alessandra Apuzzo, Rossana Vita, Leonida Raho, Francesco Saverio Carrazza, Roberta Lisi, Giorgio Cecchini Saulini, Rita Maria Fiumara, Luca Bernabei, Romeo Conti, Mauro Bolla, Paola Palladini, Enrico Daniele, Marco Prugnoli, Mario Massimo Mazzone, Elisabetta Trimani, Alberto Ludovico Peroni, Antonella Morganti, Letteria Rita Isola, Leonardo Lelli, Marco Cammilli, Gabriella Sebastiani, Sabina Giurati, Alessandra Giurati, Massimiliano Angeli, Pietro Zamorani, Franco Zamorani, Gianfranco Cantarella, Maria Paola Emmi, Francesca Orso, Fabio Alocci, Fabrizio Di Feo, Laura Anselmi, Luca Lucarini, Luciano Lucarini, Elisabetta Montesi, Leonardo Lucarini, Unielle Immobiliare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Rosanna Crotti, Massimo Callegarini, Alfredo Graziani, Giuseppina Pagani, Silvia Meniconi, Riccardo Pacifici, Eb Yachts S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Gaia Snc di Garagnani Maria Gabriella e C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Maria Luisa Laratta, Andrea Pecorari, Ugo Pambianchi, Massimo Troncarelli, Stefano Picalarga, Pietro Picalarga, Teodoro Picalarga, Filippo Iacobucci, Marina Dominech, Ermanno Valentini e Marco Pusateri;**
- **Giorgio Pietrangeli;**
- **Giulio Pascazio e Maria Francesca Lambardi Di San Miniato;**
- **Angelos Pervanas;**
- **Alessandro Giacchetti, Patrizia Vannucci, Alfredo Ettore Mignini,**

Andrea Pecorari, Rita Sconocchia, Sandrelli Incorporation, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, **Giulia Caneva, Andrea Maria Beccari e Giorgio Dolcetta Capuzzo**;

- **Fabrizio Frezza, Gaetana Montini, Loredana Costantini, Manlio Torquato S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, **Roste Società Semplice**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, **Emanuele Carosi, Tonino Morelli, Mauro Morelli, Carlo Boido, Retsa Finance S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, **Leda Mugnai, Antonella Somigli, Elisa Merlo, Fiamma Ajello e Maya Maria Luigia Girotti**;

NONCHE' DI

Lara Consulting S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

DANDONE NOTIZIA A

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

(Ricorso n. 8456/2019 – Udienza Pubblica 2 aprile 2020)

* * *

FATTO

Sono noti all'Ecc.mo Consiglio di Stato adito i fatti di causa, come rappresentati dal Comune di Monte Argentario nei precedenti scritti difensivi, che in questa sede si richiamano integralmente.

Alla Camera di Consiglio del 28 novembre 2019, il Collegio, preso atto della richiesta – formulata dalla parte appellante – di differimento al merito della trattazione dell'istanza cautelare annessa all'atto introduttivo del giudizio, ha disposto il rinvio della causa al merito,

fissando per la discussione l'Udienza Pubblica del 2 aprile 2020.

In vista della Udienza di merito – anche per dovere di sinteticità espositiva e, comunque, con riserva di replicare alle deduzioni che dovessero essere ulteriormente spese da controparte – si rinvia al contenuto degli scritti difensivi agli atti, limitandosi in questa sede a controdedurre alle difese articolate da MCG nella memoria depositata nel corso della fase cautelare, onde far constare, in via definitiva, la fondatezza della presente iniziativa.

*

DIRITTO

I. Sulla infondatezza delle argomentazioni di cui al punto I. della memoria avversaria.

I.1 Nella memoria da ultimo depositata, controparte contesta la posizione del Comune in ordine alle statuizioni del Giudice di prime cure, laddove ha ritenuto che l'atto rilevante ai fini della individuazione del termine iniziale di decorrenza dei 18 mesi contemplati dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 per il rituale esercizio del potere di annullamento in via di autotutela dovesse essere individuato nella Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, non già nell'atto suppletivo successivamente stipulato tra il Comune e MCG.

Più precisamente, secondo la prospettazione avversaria, non potrebbe dubitarsi *“della natura provvedimentoale, con efficacia esterna, della Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017”* che, *“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 potere 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".

D'altra parte – insiste la Società – *"Il potere di autotutela c.d. decisoria ... è un potere amministrativo c.d. di secondo grado, che si esercita su un precedente provvedimento amministrativo", di talché, "non potendosi dubitare della natura di atto paritetico dell'Atto Suppletivo del 25 maggio 2017 ..., 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".*

Conseguentemente, *"Il Giudice di primo grado, la cui decisione appare immune da censure, ha correttamente rilevato che l'atto di annullamento d'ufficio, allorquando venga ad intervenire su una pregressa attività amministrativa articolata in un momento pubblicistico seguito da atto negoziale o comunque paritetico, ha riguardo al momento pubblicistico a monte dell'atto negoziale"* (cfr. pagg. 13 e seguenti memoria).

Tali assunti non sono condivisibili.

I.2 Come ampiamente esposto nel ricorso introduttivo, la concessione demaniale marittima integra una fattispecie complessa, alla cui formazione concorrono il potere discrezionale dell'amministrazione e la volontà del privato di accettare le condizioni negoziali di disciplina del rapporto (regime di utilizzo, durata, importo del canone, cause di

decadenza per inadempimento, e così via): coesistono, pertanto, un atto amministrativo unilaterale, con il quale l'amministrazione dispone di un proprio bene in via autoritativa, e una convenzione attuativa, avente ad oggetto la regolamentazione degli aspetti patrimoniali, nonché dei diritti e obblighi delle parti connessi all'utilizzo di detto bene: elementi, questi, entrambi necessari ai fini della costituzione del rapporto concessorio.

In altri termini, si tratta di un atto complesso, i cui elementi costitutivi vanno individuati, da un lato, nella volontà dell'amministrazione di mettere a disposizione un bene di proprietà pubblica e destinato ad assolvere a scopi di pubblico interesse e, dall'altro lato, nella concorrente ed essenziale volontà del privato concessionario di accettare e rispettare le condizioni di utilizzo e gestione di detto bene predeterminate dalla stessa amministrazione e fissate nell'atto solo formalmente negoziale, che, in quanto tale, **costituisce parte integrante e soprattutto costitutiva della struttura, del contenuto e degli effetti del provvedimento autoritativo concessorio.**

Siffatto modello concessorio è riconducibile alla c.d. concessione-contratto, nella quale la struttura negoziale accede all'atto autoritativo per formare con esso un **tutt'uno**, di guisa che la sottoscrizione da parte del privato della concessione (o del testo negoziale *tout court*) si pone quale elemento costitutivo del provvedimento e, dunque, quale elemento essenziale affinché lo stesso provvedimento produca effetti.

I.3 Tale modello, di originaria elaborazione pretoria, ha trovato espressa copertura normativa nell'art. 7 del D.P.R. n. 509/1997, secondo cui: *"entro trenta giorni dall'esito favorevole della conferenza di servizi o*

*dell'accordo di programma di cui all'articolo 6, l'autorità competente **rilascia al richiedente la concessione demaniale marittima mediante atto pubblico redatto con le formalità di cui agli articoli 9 e 19 del regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione, previa determinazione del canone di concessione calcolato secondo le disposizioni di legge vigenti al momento della stipula**".*

A sua volta, l'art. 9 del Regolamento di esecuzione del codice della navigazione, di cui al D.P.R. n. 328/1952, dispone che *"le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile rimozione devono essere fatte **per atto pubblico ricevuto da un ufficiale di porto a ciò destinato con decreto del capo del compartimento. In qualità di rappresentante dell'amministrazione concedente interviene il capo del compartimento**".*

I.4 Deriva dalle considerazioni che precedono che, contrariamente a quanto assume controparte, nel caso della concessione demaniale marittima non si è in presenza di due momenti, quello pubblicistico e quello consensuale, nettamente distinti e separati; piuttosto, il momento autoritativo e quello – ammesso che sia tale – negoziale sono entrambi elementi del medesimo atto, la concessione, ossia integrano la concessione-contratto.

I.5 Né, del resto, può fondatamente sostenersi che, *"Sebbene una parte della giurisprudenza immediatamente successiva ... [abbia] configurato ... 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 giuridica"*.

Invero, a fronte dell'orientamento teso a negare l'unicità del rapporto concessorio – inteso come *summa* del provvedimento autoritativo e dell'atto che ad esso accede, partecipando della relativa natura provvedimentale – e, dunque, a superare la tesi “tradizionale” elaborata dalla giurisprudenza della Cassazione agli inizi del secolo scorso, è rinvenibile un diverso indirizzo giurisprudenziale – espresso anche in recenti pronunce – che continua ad affermare la natura unitaria del fenomeno concessorio.

In particolare, secondo tale indirizzo, “*la tesi che parcellizza analiticamente i contenuti e gli effetti del rapporto concessorio – per individuarne ... più o meno marcati connotati negoziali o provvedimentali – assume a suo fondamento una concezione dualistica o bifasica del rapporto, secondo cui ad un iniziale momento autoritativo (il provvedimento di concessione), traslativo di facoltà dell'ente pubblico al privato, accede la successiva fase contrattuale (la convenzione), **A parere di questo Collegio, a tale impostazione si fa preferire una lettura del fenomeno di tipo unitario, che inquadra il rapporto concessorio nella più ampia categoria degli ‘accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento’**, per cui l'intreccio sinallagmatico contenuto nella convenzione di concessione andrebbe inteso non solo come sede di regolamentazione delle reciproche pretese patrimoniali tra le parti, ma anche dei profili disciplinari del rapporto connessi all'esercizio della funzione amministrativa. La natura spuria dell'accordo pubblicistico, si osserva, è in piena sintonia con il fenomeno della convenzione di concessione, e con l'intima connessione che qui si riscontra tra l'esercizio di potestà autoritative e di facoltà privatistiche.*

difficilmente distinguibili tra di loro se non in applicazione dell'inappagante criterio della veste formale (negoziale o amministrativa) dello strumento giuridico ... di volta in volta attivato per darle esecuzione.

La teoria qui evocata trova autorevole avallo in dottrina ed è già stata accolta in giurisprudenza, facendo alternativamente richiamo alla nozione del contratto ad 'oggetto pubblico' (Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5173), ovvero a quella dell'accordo ex art. 11 L. 241/1990 (Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750), in entrambi i casi intendendosi fare riferimento ad uno schema nel quale l'apparato pattizio ha una funzione fondamentale complementare rispetto al momento unilaterale concessorio, senza che sia predicabile la netta separazione tra la fase pubblicistica e quella civilistica.

Nello stesso senso si colloca anche la più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite, la quale ha avuto modo di precisare che 'anche a seguito dell'abrogazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5, per effetto del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 4, comma 1, all. 4, resta devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il rispetto degli obblighi nascenti da una convenzione stipulata tra un Comune o altro ente pubblico concedente ed un privato, volta a disciplinare il contenuto di una concessione ... trattandosi di un causa inerente all'esecuzione di accordo da qualificare come integrativo o sostitutivo di provvedimento amministrativo concessorio, ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 2, del citato D.Lgs., che individua tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo'

(Sez. Un., 17 maggio 2013, ord. n. 12111; 24 gennaio 2013, ord. n. 1713)” (Tar Piemonte, Sez. I, 4 marzo 2015, n. 404).

Analogamente, il Tar Campania ha chiarito che, nell’ambito di un rapporto concessorio, “il profilo autoritativo emerge anche nella fase esecutiva del rapporto, tanto da giustificare la diversa regolazione della giurisdizione esclusiva, estesa anche al momento di attuazione del rapporto, in considerazione della prevalenza dell’interesse pubblico perseguito, alla luce di una lettura unitaria del fenomeno ‘provvedimento concessione/contratto accessivo’ (... T.A.R. Torino, Sez. I, 4 marzo 2015, n. 404; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5173; l’orientamento è da ultimo ribadito anche da Cassazione civile, Sez. Un., 30 marzo 2018, n. 8035)” (Tar Campania, Sez. II, 12 luglio 2018, n. 4652)

I.6 Ebbene, alla luce delle considerazioni che precedono, non può non ritenersi che, diversamente da quanto assume la difesa avversaria – e precedentemente rilevato dal Giudice di primo grado – l’atto accessivo ad una concessione, quale tipico provvedimento amministrativo costitutivo, partecipa della natura provvedimentale della concessione medesima, ben potendo, dunque, al pari di essa, essere oggetto dell’esercizio di poteri di autotutela da parte dell’amministrazione.

Ne discende che, nella fattispecie in esame, è solo nell’atto suppletivo concluso tra il Comune e MCG il 25 maggio 2017 – modificativo ed integrativo della concessione demaniale rilasciata nel 1977 – che può individuarsi ***l’atto giuridico ad efficacia esterna suscettibile di dispiegare effetti provvedimentali*** e, conseguentemente, di accrescere la sfera giuridica della concessionaria MCG: è, quindi, nei

riguardi di tale atto, e non – come preteso da controparte – della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, che il potere di annullamento d'ufficio doveva indirizzarsi e si è correttamente indirizzato, risultando per ciò tempestivamente esercitato nel termine di diciotto mesi stabiliti dall'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990, decorrenti, appunto, dal 25 maggio 2017 e, pertanto, in scadenza al 26 novembre 2018 (il 25 novembre 2018 era un giorno festivo).

I.7 Né, del resto, merita di essere condiviso l'assunto avversario secondo cui, *“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”*.

Al riguardo, giova in primo luogo rilevare l'assoluta inconferenza della richiamata distinzione tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio: come emerge dalle pronunce giurisprudenziali citate da controparte, tale distinzione presuppone che, nell'ambito di una successione di atti adottati dall'amministrazione, l'atto successivamente assunto – della cui natura, appunto, si discute – consegua ad un'istanza di riesame del provvedimento che l'ha preceduto, formulata dalla parte privata, non potendo essere invece utilmente invocata nell'ipotesi – qual è quella di interesse – in cui tale istanza manchi, essendosi l'amministrazione medesima determinata all'adozione di un ulteriore provvedimento, necessario ai fini del pieno esercizio del potere ad essa rimesso.

Tanto ciò è vero che, nell'atto suppletivo, della Determinazione

Dirigenziale n. 245/2017 non è fatta menzione: ciò a conferma dell'inconfigurabilità di un nesso tra i due provvedimenti tale per cui il primo possa essere qualificato quale atto *meramente confermativo* della seconda, come erroneamente preteso da controparte.

I.8 Del resto, secondo quanto rappresentato nel ricorso introduttivo, con la Determina Dirigenziale n. 245/2017, il Comune si è limitato a dare conto della semplice (e prodromica) volontà di acconsentire alla rideterminazione della durata della Concessione.

La nuova estensione temporale della Concessione, tuttavia, è stata effettivamente riconosciuta e definita soltanto con la successiva stipula dell'atto suppletivo: in quest'ultimo atto e solo in esso, dunque, va individuato il provvedimento concretamente attributivo di vantaggi economici in favore della Società, come tale suscettibile di annullamento d'ufficio.

In altri termini, se non può negarsi che, come afferma controparte richiamando la sentenza censurata, la Determinazione Dirigenziale n. 345/2017 sia atto di *esercizio di potere pubblicistico*, deve parimenti osservarsi che l'adozione della stessa non ha consumato affatto – esaurendolo – siffatto potere, il cui esercizio, piuttosto, è culminato e giunto ad efficace concretizzazione con la sottoscrizione dell'atto suppletivo, parte integrante e costitutiva, come s'è visto, della concessione demaniale.

Quest'ultimo atto, recando l'accettazione della concessionaria delle nuove condizioni di cui al titolo – accettazione che costituisce elemento essenziale della fattispecie complessa *de qua* – e l'effettiva rideterminazione del termine finale della Concessione e, dunque,

attribuendo alla Società una corrispondente utilità, è ***l'unico produttivo di concreti effetti giuridici definitivi verso l'esterno e, dunque, passibile di essere ritirato in via di autotutela.***

Tanto ciò è vero – e trattasi di un'osservazione tutt'altro che *pretestuosa e infondata* – che il provvedimento di annullamento d'ufficio in questa sede impugnato ha espressamente ad oggetto “l'atto suppletivo del 25-05-2017, rep. n. 1810”, rispetto al quale la Determinazione Dirigenziale n. 345/2017 si pone quale mero atto presupposto, con valenza puramente endoprocedimentale.

I.9 Deve peraltro ribadirsi che, a confermare ulteriormente la natura di mero atto presupposto della citata Determinazione Dirigenziale e, conseguentemente, l'impossibilità di ancorare alla data della relativa adozione la decorrenza del termine per l'esercizio del potere di autotutela, vale altresì la circostanza per cui, pure a seguito della emanazione di detta Determinazione – proprio in considerazione della funzione di mero presupposto e impulso della stessa – le parti interessate ben avrebbero potuto determinarsi a non darvi seguito, omettendo di addivenire alla formalizzazione dell'atto suppletivo e, in tale modo, impedendo il prodursi di *effetti giuridici definitivi verso l'esterno* (solo questi tali da essere rimossi in autotutela).

Consequentemente, soltanto alla data di stipula dell'atto suppletivo concluso tra il Comune e la Società il potere pubblicistico (meramente) attivato con l'adozione della Determinazione Dirigenziale ha avuto effettiva concretizzazione, ponendo l'Amministrazione comunale nella condizione di poter valutare i presupposti per l'esercizio del proprio potere di

autotutela: di talché è unicamente quella data a poter costituire validamente il *dies a quo* del termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 nonies della L. n. 241/1990.

I.10 Né, al riguardo, può condividersi quanto affermato dalla difesa avversaria, secondo cui *“la ricostruzione prospettata 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”*.

E' proprio dal dispositivo della Determinazione Dirigenziale che emerge che, con tale provvedimento, il Comune ha provveduto esclusivamente “ad approvare un atto suppletivo di rideterminazione della durata della concessione demaniale, a quel momento non ancora venuto ad esistenza, né individuato negli elementi essenziali, rideterminazione che, tuttavia, è stata poi effettivamente disposta solo con la stipula di detto atto suppletivo, con il quale, invero, è stato annullato e sostituito l'art. 1 della Concessione, prevedendosene la “durata di anni 80 (ottanta) a decorrere dal 19 giugno 1970 e fino al giugno 2050”.

Già sotto tali profili, pertanto, le argomentazioni avversarie si rivelano infondate e, dunque, vanno disattese.

* * *

II. Sulla infondatezza delle argomentazioni di cui al punto II. della memoria avversaria.

II.1 Nella memoria da ultimo depositata, controparte lamenta altresì l'infondatezza delle argomentazioni spese dall'Amministrazione appellante – ritenendole addirittura *oltraggiose e financo calunniose* – in merito alla rilevata erroneità della rappresentazione fattuale fornita dalla Società al fine di ottenere la richiesta rideterminazione della durata della Concessione: secondo la prospettazione avversaria, *“Appare ... 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”* (cfr. pagg. 23 e seguenti memoria).

Anche tali affermazioni non meritano credito.

II.2 Come diffusamente esposto nell'atto introduttivo del presente giudizio, 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. Sul punto, controparte contesta che *“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 ... l'anticipata occupazione e sottoscritto l'apposito atto di sottomissione contenente la predeterminazione della durata del rapporto concessorio".

Ebbene, anche a voler ritenere che l'Atto di concessione non potesse che riprodurre i contenuti – ivi compresi quelli relativi alla durata – dell'atto di sottomissione precedentemente sottoscritto tra la Società e l'amministrazione all'epoca competente, non può non osservarsi che, a seguito della realizzazione e del collaudo delle opere di costruzione dell'approdo turistico, la stessa Società era certamente in grado di accertare che l'investimento effettivamente sostenuto era superiore rispetto a quello preventivato, ben potendo, una volta preso atto di tale divergenza, procedere tempestivamente a formulare istanza di rideterminazione della durata della Concessione.

Ma a ciò la Società non si è determinata.

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 loro quantificazione al momento di ultimazione dei lavori.

Poi, 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) – e questo per evitare l’avvio del confronto concorrenziale con le concorrenti 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, a seguito del riesame che i nuovi organi comunali, insediatisi in esito alle elezioni celebrate a giugno 2018, hanno ritenuto di dover compiere in merito ai dati forniti dalla Società ai fini dell’ottenimento della rideterminazione della durata della Concessione, poi disposta con l’atto suppletivo, l’Amministrazione comunale ha potuto accertare:

- da un lato, che i maggiori esborsi asseritamente sostenuti da MCG 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;

- dall'altro lato, che 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 degli esborsi asseritamente 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 era altro che il frutto della attualizzazione di detto importo al 1974, anno di conclusione delle opere stesse.

La stessa Amministrazione ha quindi rilevato che l'istanza avanzata da MCG non poteva configurarsi che quale istanza di proroga della Concessione – 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 – e, conseguentemente, si è determinata a procedere all'annullamento d'ufficio dell'atto suppletivo precedentemente concluso con la stessa MCG.

II.3 Ebbene, alla luce di quanto precede, deve ribadirsi che, nella fattispecie in esame, l'impugnato atto di ritiro del provvedimento ampliativo precedentemente concesso si fonda sulla *acclarata erroneità dei presupposti* sottesi a detto provvedimento e che *siffatta erroneità, lungi dall'essere in qualsiasi modo addebitabile all'Amministrazione comunale, è imputabile in via esclusiva alla*

alterata rappresentazione dei fatti fornita dalla Società: ne deriva che, come chiarito dalla giurisprudenza, non è “*ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva*”, dovendosi, piuttosto, “*esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco*” (Tar Campania, Sez. II, cit. n. 3205/2019).

Canone di ragionevolezza che, nella fattispecie di interesse, non può non condurre a ritenere prevalente l'interesse pubblico a garantire la più proficua valorizzazione e gestione del compendio portuale, sottoponendo l'istanza di proroga avanzata dalla Società al necessario confronto concorrenziale con le istanze *medio tempore* formulate da altri operatori del settore.

II.4 Né, del resto, meritano di essere condivise le deduzioni avversarie secondo cui “*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 ..., è priva di pregio pure nel merito ... Affinché si possano raffrontare spese omogenee ... 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”.

II.5 Con riferimento alla asserita violazione dell’art. 7 della L. n. 241/1990, va evidenziato che l’Amministrazione comunale, nel rilevare che la (apparente) divergenza tra l’importo originariamente stimato dalla Società per la realizzazione dei lavori *de quibus* e il valore dei presunti esborsi sostenuti alla data di ultimazione dei predetti lavori non è altro che il frutto della attualizzazione di detto importo al 1974, anno in cui le opere stesse sono state portate a compimento, **non ha individuato nuove ragioni in relazione alle quali è stato impedito alla Marina Cala Galera di poter controdedurre in sede procedimentale: il Comune, piuttosto, si è limitato 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 adottata 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.6 Nel merito, 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, dunque, le argomentazioni avversarie si rivelano prive di pregio.

* * *

III. Sulla infondatezza delle argomentazioni di cui al punto III. della memoria avversaria.

III.1 Da ultimo, controparte contesta *“le avverse considerazioni circa le manifestazioni di interesse della Olimpia Marine S.r.l. (ora Lara Consulting S.r.l.) e di altri operatori non meglio specificati che sarebbero pervenute nel corso del giudizio”*, ritenendo che le stesse *“non possono che essere considerate alla stregua di un’inammissibile integrazione postuma delle motivazioni del provvedimento impugnato*

...

A tal proposito, questa difesa ritiene sufficiente rappresentare che non risulta in atti alcuna manifestazione di interesse da parte di ‘primari operatori del settore 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. ... 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” (cfr. pagg. 31 e seguenti memoria).

III.2 Onde dimostrare l’assoluta infondatezza di tali assunti, è sufficiente evidenziare che sia nella comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in via di autotutela dell’atto suppletivo, sia nel provvedimento di annullamento viene dato atto che *“l’inserimento, oltre al costo di costruzione, di ulteriori investimenti a sostegno*

dell'allungamento della durata della concessione demaniale, avrebbe dovuto far ricadere l'operato di questa amministrazione nell'applicazione di quanto disposto dall'art. 10 punto 3 del D.P.R.: 509/1997, **con relativo onere di pubblicazione per domande concorrenti** e che, pertanto, l'atto suppletivo stipulato tra il Comune e MCG si configura lesivo del pubblico interesse, in quanto **“ha di fatto sottratto alla libera concorrenza potenziali investitori, con diretta ricaduta sull'economia locale e sulla valorizzazione dei beni in oggetto”**. Ebbene, è di tutta evidenza che il richiamo ai potenziali investitori è certamente riferito ai soggetti che, come Olimpia Marine S.r.l. (ora Lara Consulting S.r.l.), nel corso del procedimento istruttorio – non del giudizio, come asserisce controparte – hanno manifestato il proprio interesse all'assegnazione in concessione dell'ambito portuale de quo: donde la inconfigurabilità, anche in questo caso, di un'integrazione postuma della motivazione, come pretestuosamente affermato dalla parte appellata.

Né, peraltro, potrebbe fondatamente sostenersi che di tali manifestazioni di interesse il Comune avrebbe dovuto informare MCG nel corso del procedimento: invero, la necessità di considerare le domande concorrenti *medio tempore* pervenute da altri operatori del settore è emersa solo nel momento in cui l'Amministrazione comunale – come detto, in esito al riesame dei dati e delle informazioni forniti dalla Società e sottesi all'assunto provvedimento di rideterminazione del termine finale della Concessione – ha appurato che l'istanza avanzata dalla stessa Società non potesse non configurarsi quale istanza di proroga della Concessione e, dunque, essere necessariamente

assoggettata al confronto concorrenziale con tali domande concorrenti.

*

Conclusivamente, sotto ogni profilo le doglianze di controparte meritano di essere disattese, risultando definitivamente confermata la correttezza dell'operato amministrativo nel suo complesso e, con essa, l'erroneità della sentenza impugnata che, pertanto, merita di essere annullata e/o riformata.

* * *

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 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, 2 marzo 2020

Avv. Damiano Lipani

Avv. Francesca Sbrana

Avv. Prof. Angelo Clarizia

Avv. Enrico Amante

Prof. Avv. Giuseppe Morbidelli
Via Lamarmora, 14 – 50121 Firenze
tel: 0555000412 - fax: 055572614
e-mail: studiombrrt@studiombrrt.it

Studio Legale Frisina
Via G. Donizetti, 7 – 00198 Roma
tel: 0685355529 - fax: 0685355529
e-mail: avvocati@studiofrisina.it

Studio Legale Lorenzoni
Via del Viminale, 43 - 00184 Roma
tel.: 064888131 - fax: 064873132
e-mail: studio@lorenzoni.org

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sezione V – R.G. n. 8456/2019

Memoria

(U.P. 2 aprile 2020)

Nell'interesse di **MARINA CALA GALERA CIRCOLO NAUTICO S.P.A.**, con gli Avv.ti Pasquale Frisina e Prof. Giuseppe Morbidelli;

appellata

contro

il **COMUNE DI MONTE ARGENTARIO**, in persona del Sindaco *p.t.*, con gli Avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Prof. Angelo Clarizia e Enrico Amante;

appellante

e nei confronti

della **REGIONE TOSCANA**, in persona del Presidente della Giunta Regionale *p.t.*;

della **NAUTICA CALA GALERA S.P.A.**, con l'Avv. Domenico Iaria;

appellate - controinteressate

nonché nei confronti

del **Sig. RANIERO RANDACCIO ed altri**;

appellati – intervenienti ad adiuvandum

e

della **LARA CONSULTING S.R.L.**, con l'Avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini;

appellata – interveniente ad opponendum

dandone notizia a

l'**AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**, con l'Avvocatura Generale dello Stato;

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

- previa sospensione dell'esecuzione -

della sentenza del TAR 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 Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A., 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 Monte Argentario, Area 1- Ufficio Demanio, prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018, con la quale è stato disposto «*l'annullamento dell'atto suppletivo del 25-05-2017, rep. n. 1810 nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale*»;

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

.

Giunge all'esame di codesto Consiglio di Stato l'impugnazione proposta dal Comune di Monte Argentario (nel prosieguo, per brevità, anche solo il 'Comune') avverso la pronuncia n. 1060/2019 della Seconda Sezione del TAR per la Toscana con la quale è stato ritenuto palese che il potere di annullamento fosse stato esercitato da quest'ultimo quando il termine perentorio di diciotto mesi, di cui all'art. 21 *nonies*, comma 1, della Legge n. 241/1990, era ormai scaduto, con conseguente consumazione del potere di autotutela, per ragioni di illegittimità dell'atto oggetto di annullamento, di cui la Pubblica Amministrazione è titolare.

L'odierna appellata Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A (nel prosieguo, per brevità, anche solo la 'Società' o 'MCG'), rinviando a quanto già dedotto, anche sotto il profilo della ricostruzione fattuale, nei pregressi scritti difensivi, di seguito, darà conto delle ragioni che impongono il rigetto dell'appello avversario, siccome infondato, e si limiterà a puntuali rilievi in relazione alle eccezioni formulate dall'appellante con la memoria depositata il 25 novembre 2019 rispetto alle censure articolate dalla Società nel ricorso di primo grado e riproposte nel presente giudizio ai sensi e per gli effetti dell'art. 101 c.p.a.

SULL'INFONDATEZZA DELL'APPELLO

- I -

La violazione del termine perentorio

di cui all'art. 21 nonies, comma 1, della L. n. 241/1990.

I.1.1. In primo luogo, occorre ribadire l'infondatezza dell'unico motivo di appello *ex adverso* proposto, risultando immune da censure la sentenza del TAR per la Toscana nella parte relativa all'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.

Secondo il Comune appellante, il T.A.R. per la Toscana avrebbe errato individuando 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, assumendosi che detto termine si sarebbe dovuto, invece, far decorrere dal successivo Atto Suppletivo del 25 maggio 2017, in quanto solo rispetto a detto ultimo atto sarebbe configurabile l'esercizio dei poteri di autotutela. Per giungere a siffatta conclusione, il Comune dedica ampio spazio alla ricostruzione dottrina 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 provvedimenti e, quindi, di accrescere la sfera giuridica della concessionaria MCG: 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.1.2. Orbene - fermo quanto appresso chiarito in merito all'infondatezza, alla luce delle prevalente dottrina e giurisprudenza, della censura di controparte – ci sia consentito, comunque, ribadire nuovamente che l'obiezione non coglie nel segno, non potendosi dubitare, nella specie, della natura provvedimento, 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 provvedimentoale 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.1.3. 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.1.4. 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

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

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. Cons. 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 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, allorché 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, 2 luglio 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*» (Cons. Stato, 6 dicembre 2018, n. 6916; Cons. St., Sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256; Cons. Stato Sez.

IV, 12 maggio 2016, n. 3653.). In questi termini, lo schema utilizzato dalla Amministrazione appellante integra, come anzidetto, la fattispecie dei cc.dd. 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 Monte Argentario, 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 Monte Argentario secondo il quale la prova della tempestività dell'autotutela sarebbe desumibile dall'oggetto della Determinazione Dirigenziale prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 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 prospettata 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 provvedimento dell'Atto suppletivo, **giacché lo strumento della c.d. 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 febbraio 2013, n. 260). Anche sotto questo profilo, le eccezioni formulate dal Comune di Monte Argentario 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 MCG 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 sé oggetto di poteri amministrativi. L’impugnato provvedimento di autotutela in data 26 novembre 2018 risulta perciò evidentemente tardivo ed in violazione del termine perentorio indicato dall’art. 21 *nonies* della L. n. 241/90 poiché adottato oltre i diciotto mesi decorrenti dall’8 maggio 2017 e, dunque, la sentenza impugnata, sul punto, è del tutto immune da censure.

.

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 - oltre ad essere **oltraggiose, del tutto gratuite, estranee alle esigenze della difesa, false e financo caluniose - sono del tutto infondate.**

- II.2.** Invero, come emerge, tra l'altro, dal verbale redatto all'esito dell'istanza di accesso da parte della MCG, 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.** Lo stesso Comune appellante riconosce, d'altro canto, che l'adozione del provvedimento di rideterminazione della durata della concessione sia avvenuta *«in esito ad un'istruttoria protrattasi oltre dieci anni»* (memoria cautelare del Comune, pag. 5).
- 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 (*cf.* 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 MCG 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 per la nautica da diporto 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 MCG 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 MCG abbia fornito l'evidenza dei molti investimenti sostenuti dal 1980 per l'implementazione delle strutture per la nautica da diporto realizzate, 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 MCG dal 1980 al 2006 è stato un fattore specificamente istruito dal Comune, puntualmente verificato e, infine, su indicazione del legale incaricato dall'Amministrazione stessa, 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 precedente 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 (*cf.* doc. n. 2 fasc. primo grado) che *«con istanza in data 4 aprile 1968 (...) corredata da opportuni piani, la Marina di Cala Galera-Circolo Nautico S.p.A. ha chiesto all'Amministrazione marittima la temporanea concessione e l'uso di uno specchio acqueo ed arenile demaniale marittimo situato sulla spiaggia di Cala Galera nel Comune di Monte Argentario 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. 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 delle strutture per la nautica da diporto 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 MCG di poter controdedurre in sede procedimentale, è priva di pregio pure nel merito. Invero il Comune si limita a reiterare le medesime eccezioni già sollevate nei precedenti scritti difensivi, senza muovere alcuna contestazione rispetto alle articolate eccezioni opposte da MGC e, soprattutto, in maniera apodittica e senza che sia ravvisabile un fondamento giuridico e documentale rispetto a quanto sostenuto. È sufficiente quindi, in questa sede, ribadire, come già ampiamente specificato nel ricorso introduttivo del primo grado del

presente giudizio, che 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 MCG avrebbe dovuto far fronte al costo per la costruzione delle strutture per la nautica da diporto, 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 iniziale 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.

SUI MOTIVI NON ESAMINATI E RIPROPOSTI AI SENSI DELL'ART. 101 C.P.A.

La MCG, per la denegata e non creduta ipotesi in cui l'appello di controparte dovesse essere ritenuto, in tutto o in parte fondato, chiede all'adito Consiglio di Stato di voler

apprezzare l'illegittimità dell'atto impugnato, anche alla luce dei motivi non esaminati ed espressamente riproposti nell'atto di costituzione dell'8 novembre 2019 cui si invia, in ossequio al principio di sintesi degli atti processuali. Di seguito, ci si limiterà a puntuali rilievi in relazione alle eccezioni formulate dall'appellante con la memoria depositata il 25 novembre 2019, rispetto a detti motivi.

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 per mancato rispetto del termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi, per esercitare il potere di autotutela.

I.1. Rispetto alla specifica riproposizione di tale profilo del primo motivo di ricorso, concernente, comunque, il superamento di un termine ragionevole per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela, si assume *ex adverso*, con motivazione non chiaramente intellegibile, che tale limite non potrebbe ritenersi violato, in ragione dell'asserita riqualificazione dell'istanza (originariamente indirizzata alla Capitaneria di Porto di Livorno – all'epoca competente – e formulata come proroga ai sensi 10, comma 3, del D.P.R. n. 509/1997 che, peraltro, sulla base dell'istruttoria compiuta nel 2007 era stata assentita). Non si vede, infatti, come tanto potrebbe incidere sul decorso dei diciotto mesi o, comunque, sulla ragionevolezza del termine entro il quale l'Amministrazione è onerata di adottare i provvedimenti di secondo grado di cui al novellato art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, proprio nell'ambito dell'istruttoria disposta dal Comune è emerso il presupposto di detta riqualificazione – ovvero i maggiori investimenti necessari alla realizzazione delle strutture per la nautica da diporto, rispetto a quelli in origine preventivati. Come chiarito a più riprese nei precedenti scritti difensivi, il *revirement* è stato frutto dell'iniziativa della stessa Amministrazione che, alla stregua di quanto emerso dalle perizie e dai pareri legali richiesti nel corso del procedimento (*cf.* docc. 16, 18, 19 e 20 fasc. I grado), ha fornito, con nota del 19 aprile 2017 (*cf.* doc. 13 fasc. Comune fasc. I grado), all'odierna appellata la possibilità di conseguire la rideterminazione della durata della concessione esclusivamente sulla base dei soli costi originariamente sostenuti, invece che a quelli successivi, opzione cui MCG si è limitata

ad aderire. Non è certo il Comune ad aver avuto contezza per la prima volta della volontà di MCG di conseguire la mera rideterminazione della durata della concessione bensì, com'è evidente, l'inverso, provenendo la sollecitazione in tal senso dalla stessa Amministrazione, come, peraltro, riconosciuto dalla stessa nella memoria cautelare (pag. 6).

Dall'altro lato, non si comprende come la «scoperta» del Comune della qualificazione dell'istanza di rideterminazione della durata della concessione, asseritamente avvenuta solo con la ricezione della nota prot. n. CDA/cda 17.04.33, del 21 aprile 2017, possa spiegare alcuna rilevanza rispetto alla censurata (e già delibata dal TAR) tardività della autotutela intervenuta nei confronti della Determinazione Dirigenziale n. 345, adottata l'8 maggio 2017. Quest'ultimo provvedimento, che ha costituito l'oggetto dell'annullamento d'ufficio, è stato infatti emanato in epoca successiva rispetto all'invio della ridetta nota con cui la Società aderiva alla rideterminazione prospettata dall'Amministrazione. In altre parole, anche a voler accogliere la ricostruzione del Comune, il termine per esercitare l'autotutela (in concreto esercitata con provvedimento del 26 novembre 2018), già inutilmente decorso rispetto alla Determinazione dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017, sarebbe a maggior ragione spirato ancorando il *dies a quo* ad una data ad esso antecedente (21 aprile 2017).

- I.2.** In aggiunta, il Comune tenta di superare la decadenza in cui è incorso rispetto al potere di procedere all'annullamento d'ufficio riconducendo il *dies a quo* del decorso del termine ragionevole previsto dall'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 al «*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*» (memoria cautelare del Comune, pag. 8). Tali affermazioni sono emblematiche dello sviamento di potere denunciato sin dal ricorso introduttivo da MCG e la giurisprudenza citata a supporto di tale assunto, a partire dalla nota Adunanza Plenaria n. 8/2017 è, inoltre, del tutto inconferente. Le sentenze richiamate da controparte lascerebbero propendere in senso del tutto antitetico rispetto a quanto sostenuto dal Comune. Infatti, secondo il TAR «*si condivide il recente orientamento*

giurisprudenziale (Cons. Stato, V, 27.6.2018, n.3940) secondo il quale l'art.21-nonies della Legge n. 241/1990 va interpretato nel senso che **il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante** (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive), **nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale, sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte**» (TAR Campania n. 3205/2019, evidenziate aggiunte). Orbene, nel caso che ci occupa è evidente che non sia intervenuta **alcuna falsità accertata in sede penale ma, soprattutto, non è mai stato neppure eccepito un errore imputabile al dolo di MCG nella specificazione dei costi sostenuti in relazione all'approdo turistico, essendo i dati forniti tutti regolarmente contabilizzati nei bilanci diligentemente trasmessi al Comune e mai contestati**². L'Amministrazione si limita, invero, a basare interamente le proprie argomentazioni su un erroneo assunto: quello **secondo cui all'avvicendamento politico della Giunta comunale possa conseguire un ripensamento dei presupposti su cui si fonda un provvedimento adottato dagli organi precedenti**, tale da giustificare l'annullamento d'ufficio. Sostiene infatti il Comune che «*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*». Così non è, ma

² Analogamente, Cons. Stato, n. 7476/2019 riguarda una fattispecie in cui non era stato acquisito un requisito necessario all'ampliamento del titolo autorizzatorio; ; Cons. Stato, n. 6760/2019 è relativa all'annullamento in autotutela del permesso di costruire per difformità delle opere realizzate rispetto al progetto Tar Campania, n. 4672/2019 concerne l'annullamento di una concessione edilizia in sanatoria per «*incondonabilità dell'opera realizzata da parte ricorrente*»; Tar Molise, n. 111/2018 in cui la fattispecie è analoga alla precedente; Tar Puglia, n. 165/2018 relativa all'annullamento d'ufficio sia del permesso di costruire che del successivo permesso in variante per «*falsa rappresentazione grafica dei luoghi*».

soprattutto, opinare diversamente implicherebbe ritenere la P.A. titolare di un potere incontrollato e illimitato di modifica delle situazioni giuridiche soggettive ormai consolidate, con conseguente irrimediabile frustrazione dell'affidamento del privato.

I.3. - È infatti lo stesso Comune ad ammettere che la ragione del riesame fosse l'importanza rivestita dalle strutture in concessione e che *«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»* (memoria cautelare del Comune, pag. 8) e, dunque, che non vi fossero affatto nuove ragioni o sopravvenute circostanze, né evidenze documentali contrastanti con l'esito dell'istruttoria svolta che imponessero la revisione dell'attività amministrativa esercitata. Di talché, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in primo grado emerge dalla stessa ricostruzione fattuale offerta da controparte. **I documenti depositati da controparte che dovrebbero dimostrare il mutamento nel mercato di riferimento sono**, infatti, **successivi all'introduzione del ricorso di primo grado da parte di MCG** (il doc. 27 del fascicolo d'appello del Comune, seppur privo di data, riporta il riferimento ai *«dati rilasciati ad agosto 2019 da Superyacht Times nello studio The State of Yachting 2019»* - pag. 7; il doc. 31 del fascicolo d'appello del Comune è datato 8 maggio 2019) e, oltre ad essere stati **depositati per la prima volta in appello**, rappresentano un **inammissibile tentativo di integrazione documentale postuma rispetto alla motivazione dell'atto impugnato**, per cui se ne chiede lo stralcio.

Tale documentazione non è, infatti, mai emersa in sede procedimentale, né ve ne è menzione nel provvedimento impugnato, né infine ne è stata concessa l'ostensione nell'ambito dell'accesso agli atti con cui la MCG aveva chiesto l'esibizione 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»*. In proposito, giova ricordare che data 18 dicembre 2018, con verbale prot. 34918/2018 (doc. 24 fascicolo di I grado), l'Amministrazione comunale ha consentito

detto accesso, 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*».

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies della L. n. 241/1990: difetto del requisito dell'illegittimità dell'atto oggetto dell'annullamento in autotutela – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990 – Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per insufficiente motivazione, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

II.1. Rispetto alla specifica riproposizione del secondo motivo di ricorso, si afferma *ex adverso* che «*la rideterminazione della durata della Concessione sia stata disposta in ragione degli investimenti realizzati da MCG successivamente alla conclusione delle opere di costruzione del porto*», con l'(asserito) intento di «*... evitare l'avvio del confronto concorrenziale con le istanze medio tempore pervenute da altri operatori del settore ...*».

L'assunto, lo si ribadisce, non corrisponde al vero.

In primo luogo, la rideterminazione della durata della concessione è stata richiesta dalla Società odierna appellata in ragione del notevole aumento degli investimenti originari, tale da non consentire un adeguato ammortamento dei costi sostenuti. Come peraltro riconosciuto e non contestato da controparte, sulla base della documentazione prodotta è emerso un maggior costo di costruzione al 1974 di Lire 3.000.003,560, rispetto al costo originariamente stimato, documentazione approfonditamente vagliata e verificata dall'Organo Tecnico del Ministero dei Trasporti ed esaminata dallo stesso Comune, peraltro con l'ausilio di un'apposita perizia e il coinvolgimento di diversi pareri legali. Da tale documentazione (perizie assunte dal Comune, *cf.* doc. 16 e 18 Fasc. I grado; bilanci sociali e scritture ausiliarie) sono state accertate due tipologie di costi: i) di costruzione delle strutture per la nautica da diporto, sino al 1974 (Lire 3.000.003,560) e ii) ulteriori costi di investimenti successivi al 2006. Ma, contrariamente a quanto si ostina ad affermare il Comune, nessuno di detti ulteriori costi o voci di spesa è stato considerato ai fini della rideterminazione della durata della concessione: **lo stesso Comune, accogliendo le indicazioni contenute nel parere del legale da esso stesso**

all'uopo incaricato, ha recepito il criterio per cui, ai fini della rideterminazione, si sarebbe dovuto tener conto (come effettivamente è accaduto) esclusivamente dei maggiori costi sostenuti per la realizzazione della struttura portuale, rispetto a quelli preventivati, risultanti dalla documentazione sociale, dalle scritture ausiliarie e dalle perizie del 2010 e del 2017.

D'altra parte, l'Amministrazione non è in grado di sostenere documentalmente le proprie argomentazioni. Non è dato quindi comprendere quali siano i sopraggiunti «fatti» e le nuove «circostanze» acquisiti dal Comune a fondamento dell'annullamento, considerando che, come ampiamente ribadito e documentato dalla Società,

- i) il Comune aveva piena evidenza, come risulta dalla parte motiva della Determinazione dirigenziale n. 345/2017, poi trasfusa nell'Atto Suppletivo del 25 maggio 2017, della positiva istruttoria, quale condotta (i) prima, dal Ministero dei Trasporti, con acquisizione dei prescritti pareri favorevoli degli Enti ed organi competenti, sfociata nella stipula, con la Capitaneria del Porto di Livorno, di un primo Atto Suppletivo in data 27 marzo 2008; (ii) poi, dallo stesso Comune che, a seguito del riconoscimento dell'intervenuto trasferimento delle relative competenze in materia, con nota dell'Ufficio Demanio prot. n. 20822/2009, aveva dato corso autonomamente ad una «verifica documentale diretta alla dimostrazione dell'avvenuta tutela degli interessi pubblici per quanto attiene al demanio marittimo e a una serie di confronti con le Amministrazioni che hanno contribuito alla conclusione dell'iter amministrativo diretto al rilascio dell'Atto Suppletivo»; autonoma verifica protrattasi per oltre nove anni, nel contesto della quale, previa approvazione del Piano Regolatore del Porto di Cala Galera, erano stati acquisiti autorevoli pareri legali ed in esito alla quale era stata, infine, adottata la richiamata Determinazione Dirigenziale n. 345/2017;*
- ii) di tutte le informazioni diligentemente fornite dalla Società vagliate dall'Amministrazione statale, prima e comunale poi – la cui veridicità è stata peraltro dimostrata dalle perizie e dai pareri appositamente acquisiti –vi è*

esaustivo riscontro nella motivazione e negli allegati alla Determinazione dirigenziale n. 345/2017 e nel successivo Atto suppletivo;

- iii) è nello stesso parere legale a fondamento del provvedimento di autotutela che si dà atto che l'Amministrazione aveva contezza di tutti gli elementi necessari e che il criterio ai fini della determinazione dovesse essere individuato nei maggiori costi sostenuti per la realizzazione della struttura portuale;*
- iv) la rideterminazione della durata della concessione ha tenuto conto dei soli maggiori costi per la costruzione del porto sino al 1974, dunque non sono stati affatto presi in considerazione i costi di investimenti dal 2006: sono gli stessi atti amministrativi richiamati dal Comune a confermare che vi si è 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»*

II.2. In questi termini, deve allora ritenersi che non vi siano né fatti né circostanze nuove, tanto è vero che è lo stesso Comune ad ammettere di aver proceduto ad una revisione degli atti e dei documenti già in suo possesso; **né è mai emerso che alcuno degli atti e dei documenti riesaminati sia stato oggetto di contestazione in ordine alla veridicità di quanto ivi contenuto.** Al contrario, la MCG ha dovuto attendere un decennio per la conclusione dell'istruttoria avviata dal Comune, nonostante detta istanza fosse stata già positivamente vagliata e ritenuta legittima nove anni prima in sede ministeriale, prodigandosi al fine di contribuire ad una decisione amministrativa informata ed accuratamente ponderata, proprio per scongiurare qualsiasi successiva possibilità di contestazione, ponendo a disposizione dell'Amministrazione procedente ogni dato o documento in proprio possesso, con la massima trasparenza e diligenza.

Con tale condotta, la MCG ha, peraltro, assolto l'obbligo di assicurare il mantenimento del bene concesso ed informare costantemente l'Amministrazione concedente dello stato dei luoghi, dell'avanzamento dei lavori e dei progetti relativi all'approdo da diporto

nautico, volti a riconsegnare allo Stato, al termine della concessione *«le opere erette, complete degli accessori e pertinenze fisse ed in buono stato di manutenzione»* (artt. 18 e 19 dell'Atto di concessione, doc. 2 fasc. I grado). Così, l'indicazione degli ulteriori investimenti effettuati o deliberati dalla MCG ha consentito all'Amministrazione di apprezzare nel tempo il valore attuale dei beni in concessione e procedere ad una valutazione complessiva della valorizzazione del bene apportata dalla Concessionaria.

II.3. Alla luce di quanto sopra, non vi è stata alcuna rappresentazione fallace dei costi sostenuti dalla Società per la struttura portuale, né vi è alcuna evidenza del fatto che ai fini della rideterminazione siano stati considerati i maggiori costi di investimento successivi alla realizzazione della struttura portuale, né che il Comune abbia disatteso le indicazioni fornite nei pareri *pro veritate* acquisiti. Tanto è vero che nella parte motiva della Determinazione Dirigenziale n. 345/2017, di approvazione dello schema di atto suppletivo, si legge: (i) *«- che il Comune quindi allo stato deve pronunciarsi solo sull'istanza di rideterminazione»*; (ii) *«- che al fine di tale pronuncia il Comune ha verificato la documentazione prodotta e quella a suo tempo già valutata positivamente dall'Autorità Marittima che indicava un maggior costo di costruzione, al 1974, di Lire 3.000.003.560 rispetto a quello stimato in origine di Lire 1.760.003.408 e conseguentemente rideterminava il termine della concessione demaniale al 18 giugno 2050 e il canone di concessi-ne aggiornato»*; (iii) *«DETERMINA ... 4) DI CONSEGUENTEMENTE approvare un Atto Suppletivo di rideterminazione della durata della concessione demaniale n. 429 del 23.05.1977 Marina Ca-la Galera Circolo Nautico S.p.A. annullando l'art. 1 e sostituendolo con un altro che indica il termine finale al 18/06/2050»*.

II.4. Parimenti, nelle premesse dell'Atto Suppletivo del 25 maggio 2017 si dà atto della circostanza che: (i) il professionista incaricato dall'amministrazione *«in data 10 febbraio 2017 ha espresso il proprio parere al Comune di Monte Argentario; doc. all.13»*; (ii) in data 28 marzo 2017, il Dirigente Area 1 - Demanio, ha trasmesso al medesimo professionista *«la perizia di stima per verificarne la sua natura e la bozza di atto suppletivo»*; (iii) in data 4 aprile 2017 il medesimo professionista *«ha inviato il*

proprio parere al Comune di Monte Argentario ed al Dirigente Area 1 Demanio (doc. all. 15)»; (iv) al fine di assumere le proprie determinazioni, «il Comune ha verificato la documentazione prodotta e quella a suo tempo già valutata positivamente dall’Autorità Marittima che indicava un maggior costo di costruzione, al 1974, di Lire 3.000.003.560 rispetto a quello stimato in origine di Lire 1.760.003.408 e conseguentemente rideterminava il termine della concessione demaniale al 18 giugno 2050 e il canone di concessione aggiornato».

In conclusione, l’affermazione del Comune per la quale la rideterminazione della durata della concessione della MCG sarebbe stata disposta con riferimento ad investimenti successivi alla conclusione delle opere e sino al 2006 e dunque sulla scorta di una rappresentazione fallace, è destituita di fondamento.

II.5. Peraltro, priva di pregio oltre che del tutto generica e immotivata appare l’osservazione del Comune, che eccepisce l’asserita convergenza tra l’importo originariamente stimato dalla Società per la realizzazione dei lavori e gli esborsi effettivamente sostenuti per la loro ultimazione in quanto questi ultimi risulterebbero il frutto dell’attualizzazione al 1974 delle somme originariamente preventivate, ma sul punto si rinvia a quanto eccepito a pagina 17 del presente atto.

III. **Con il terzo e quarto motivo di ricorso, sono state dedotte: (i) Violazione e falsa applicazione dell’art. 21-nonies della L. n. 241/1990 per carenza delle ragioni di interesse pubblico all’esercizio dell’autotutela – Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della L. n. 241/1990 – Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare per insufficienza della motivazione e violazione del principio di proporzionalità e (ii) Violazione e falsa applicazione dell’art. 21-nonies co. 1, della L. n. 241/1990 – assenza del bilanciamento tra l’interesse all’annullamento in autotutela e il legittimo affidamento dei privati – Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare difetto di istruttoria e violazione dei principi di proporzionalità e di buona fede.**

III.1. Rispetto a tali motivi di censura, il Comune si limita a eccepire la sussistenza dell’interesse pubblico alla tutela del principio di concorrenzialità, come

dimostrerebbero asserite e non meglio documentate proposte provenienti da operatori inseriti in contesti di rilevanza internazionale, sostenendo che la rideterminazione sia stata utilizzata dalla Società, quale *escamotage* per sottrarsi al confronto competitivo con altri operatori del mercato. L'assunto è totalmente infondato.

III.2. In primo luogo, come già ampiamente dedotto da MCG nella memoria cautelare, non risulta agli atti, né è mai emersa in sede procedimentale, alcuna manifestazione di interesse da altri operatori, con la conseguenza che la paventata sussistenza di proposte da parte di altri operatori che avrebbero giustificato l'interesse pubblico all'adozione dell'atto di annullamento in autotutela, è circostanza nuova che costituisce un'ulteriore quanto inammissibile integrazione postuma delle motivazioni del provvedimento impugnato. A tutto voler concedere, l'unica manifestazione di interesse pervenuta consisterebbe in una generica lettera del 2009 da parte di Olimpia Marine S.r.l. (società cancellata dal registro delle imprese), rimasta priva di alcun seguito, mai emersa in sede procedimentale, né menzionata nel provvedimento oggetto del presente giudizio, che non può certo assurgere ad elemento su cui fondare la legittimità dell'autotutela. Peraltro, dal subentro dell'interveniente Lara Consulting S.r.l. alla Olimpia Marine S.r.l. non è discesa, né sarebbe potuta discendere alcuna posizione giuridica di vantaggio trasmissibile in ossequio alla disciplina contenuta negli artt. 1231 e 1322 c.c. D'altra parte, la posizione della Lara Consulting (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 Cala Galera** (infatti lo stesso Comune di Monte Argentario non ha neanche ritenuto di doversi pronunciare).

III.4. In aggiunta, la MCG ha evidenziato l'illegittimità dell'esercizio del potere di autotutela per la mancata considerazione delle osservazioni dalla stessa presentate in sede procedimentale, nonché per violazione e falsa applicazione degli artt. 107 co. 3, lett. f) del TUEL e dell'art. 34 dello Statuto comunale, per l'incongruenza fra l'esercitata

autotutela e il mandato ricevuto dal responsabile e firmatario dell'atto dalla Giunta comunale in data 25 ottobre 2018.

Ebbene, con riferimento al primo dei due profili, il Comune si limita affermare che avrebbe chiaramente esplicitato le ragioni per cui le osservazioni formulate dovessero essere disattese, tenendo conto dell'impossibilità di sancire l'assoluta idoneità tra il contenuto dell'avviso e il provvedimento finale. Anche sotto questo profilo, l'assunto non coglie nel segno.

E infatti l'odierna appellata, lungi dal pretendere l'identità di contenuto tra la comunicazione di avvio e il contenuto del provvedimento, lamenta altra e ben diversa circostanza. In particolare, **il provvedimento impugnato è stato adottato a distanza di un solo giorno lavorativo dalla ricezione delle controdeduzioni della MCG**, elemento che, oltre alla già ampiamente illustrata carenza motivazionale dell'atto, sembra più che sufficiente a dimostrare come il Comune non abbia tenuto in minima considerazione le ampie ed articolate controdeduzioni che la Concessionaria, con spirito di collaborazione endoprocedimentale e proprio al fine di scongiurare un contenzioso. Peraltro, la comunicazione di avvio del procedimento non ha indicato la data entro la quale avrebbe dovuto concludersi e i rimedi esperibili in caso di inerzia della Pubblica Amministrazione, ponendosi in palese violazione dell'art. 8 co. 2 lettera *c-bis*), della L. n. 241/1990. Eppure, il Comune non ha mancato di imporre al privato un termine molto ridotto (15 giorni) per presentare le proprie controdeduzioni, che quest'ultima ha puntualmente rispettato. La condotta procedimentale del Comune induce a ritenere che esso fosse pienamente consapevole della tardività della propria azione in autotutela e che abbia tentato di eludere il termine decadenziale dei 18 mesi, adottando il provvedimento impugnato in modo del tutto superficiale, frettoloso, e non rispettoso delle garanzie procedimentali accordate al privato dalla legge.

III.5. Infine, è del tutto irrilevante la considerazione del Comune per cui l'asserita circostanza (peraltro non veritiera) del computo ai fini della rideterminazione dei costi di investimenti successivi al 1974 avrebbe dovuto imporre il necessario assoggettamento al confronto concorrenziale. Si è infatti ampiamente dimostrato che i costi considerati

per la rideterminazione sono stati solo quelli sopportati dalla Società per la costruzione delle strutture per la nautica da diporto sino al 1974, da qui, correttamente, la rideterminazione della durata originaria e non già la proroga della concessione.

D'altra parte, con riferimento alla questione (palesamente irrilevante) del *nomen juris* originariamente attribuito all'istanza, è sufficiente rammentare che è l'Amministrazione che ha condotto l'istruttoria e nell'ambito di detto procedimento nessuna problematica è stata mai avanzata. È stata la stessa Amministrazione, alla luce della decennale istruttoria di cui si è detto, nonché dei pareri *pro veritate* acquisiti, ad individuare nella rideterminazione della durata lo strumento più idoneo per riequilibrare il rapporto concessorio.

In ogni caso, anche nell'ipotesi (che, si ribadisce, non corrisponde al vero) in cui l'Amministrazione avesse considerato anche gli ulteriori investimenti per la struttura portuale (quelli successivi al 1974), tale circostanza non avrebbe comunque comportato alcun onere di indire una gara, **non trattandosi di proroga automatica ex lege, ma della diversa proroga regolata dal d.P.R. n. 509/1997 (cd. decreto Burlando)**. Occorre infatti precisare che gli articoli 3 e 4 del suddetto decreto prevedono la **procedura della previa pubblicazione** propedeutica alla presentazione di proposte concorrenti da parte di eventuali interessati, **esclusivamente per le domande di rilascio di nuove concessioni**.

Diversamente, l'art. 10 co. 3 del medesimo decreto prevede che «*gli atti di concessione in vigore alla data del 1° gennaio 1990 possono essere prorogati ... 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**. Il periodo di proroga è determinato dall'autorità concedente tenuto conto dell'entità dell'investimento originario e di quello aggiunto*».

III.6. La sentenza della Corte di Giustizia dell'UE citata da controparte (sentenza Promoimpresa del 14 luglio 2016) fa riferimento a tutt'altra disciplina, ossia quella

prevista dal decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'articolo 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge di conversione 17 dicembre 2012, n. 221. Tale disciplina è del tutto diversa dal D.P.R. n. 509/1997 che non contiene alcun automatismo e che, pertanto, non è stato mai tacciato di illegittimità costituzionale, né di contrarietà al diritto eurounitario.

Oltretutto, la stessa sentenza, nel valutare la compatibilità della disciplina italiana in materia di proroga automatica delle concessioni con il diritto europeo, ha evidenziato che l'art. 12 par. 3 della direttiva 2006/123 (la cui applicabilità alle concessioni demaniali è, peraltro, dubbia, riferendosi esclusivamente alla prestazione di servizi), 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, quali, in particolare, la necessità di tutelare il legittimo affidamento dei titolari delle autorizzazioni (che per il diritto europeo non si distinguono dalle concessioni) di modo che essi possano ammortizzare gli investimenti effettuati (CGCE cause riunite C-458/14 e C-67/15). D'altra parte, l'imposizione di una procedura competitiva rispetto alla richiesta del privato concessionario di riconsiderare i termini del sinallagma sarebbe sproporzionatamente compromissoria della buona fede, del diritto di proprietà e, financo, della libertà d'impresa di quest'ultimo. In tal senso si è espressa pure la più recente giurisprudenza amministrativa di merito sulla scorta dell'indirizzo della CGUE sin dalla sentenza del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15.

Inoltre, la sentenza del TAR Toscana n. 172/2012 citata da controparte, lungi dal supportare giuridicamente la tesi avversaria, ne conferma l'assoluta erroneità. La suddetta sentenza, adottata a fronte di un'azione proposta dalla MCG avverso il silenzio protrattosi per anni dell'Amministrazione, ha qualificato espressamente il rilascio della proroga come provvedimento alternativo rispetto all'indizione di una gara. Pertanto, contrariamente a quanto asserito dall'odierno appellante, il TAR Toscana, proprio con

riferimento alla MCG, aveva già chiarito come l'eventuale provvedimento di proroga avrebbe escluso la necessità di indire una procedura ad evidenza pubblica. Anche sotto questo profilo, le eccezioni formulate dall'Amministrazione devono quindi essere disattese.

III.7. Fermo quanto sopra, ad ulteriore conferma dell'assoluta superficialità del Comune, il provvedimento di autotutela non risulta emanato in attuazione di un precedente atto degli organi elettivi che ne abbia definito l'indirizzo da adottare, ma richiama nelle premesse un mandato di Giunta del 25 ottobre 2018 che avrebbe imposto al dirigente di effettuare *«un approfondimento sulla situazione del Porto di Cala Galera diretto a valutare la procedura che ha portato all'ampliamento della durata temporale della concessione originaria»*. In questi termini, non assume alcun valore l'eccezione del Comune per cui la figura del Dirigente non necessiterebbe di un atto di impulso. L'Amministrazione, infatti, non si avvede della circostanza per cui il mandato politico risultava espressamente limitato a conferire al dirigente un potere di solo approfondimento e di ricerca per comprendere la procedura che aveva portato all'estensione della durata della concessione, non sufficiente a legittimare l'adozione di un atto di annullamento d'ufficio. Un espresso atto di indirizzo politico sarebbe stato ancora più necessario per legittimare il provvedimento adottato, atteso che l'istruttoria è stata avviata qualche mese dopo l'insediamento del neoeletto organo politico (entrato in funzione nel giugno 2018). Il mutamento di indirizzo richiedeva quindi quantomeno un provvedimento collegiale che evidenziasse le ragioni di interesse pubblico alla rimozione di un provvedimento adottato dalla precedente compagine politica.

III.8 In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni il tentativo del Comune di ancorare il termine di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990 all'emersione di *«fatti e circostanze poi posti a fondamento del ritiro»* è arbitrario e sintomatico dell'eccesso di potere che ha viziato l'attività amministrativa. Non sussistono tali fatti e circostanze, dei quali il Comune non fornisce alcuna evidenza probatoria e, al contrario, dal riesame della documentazione non può che emergere la legittimità della rideterminazione della durata della concessione.

*** **

P.Q.M.

Si confida nella declaratoria di inammissibilità e, comunque, nel rigetto del ricorso avverso, con conseguente conferma della sentenza impugnata ovvero in subordine nell'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati in accoglimento dei motivi di diritto non esaminati dalla sentenza gravata ed espressamente riproposti, ai sensi dell'art.101, comma 2, c.p.a.. Con vittoria, di spese, competenze ed onorari di entrambi i gradi di giudizio

Roma - Firenze, 28 febbraio 2020

Prof. Avv. Giuseppe Morbidelli

FRISINA PASQUALE
2020.03.02 10:23:46
Avv. Frisina Pasquale
FRISINA PASQUALE
C=IT
O=ORDINE AVVOCATI RC
2.5.4.12=4.6 Avvocato
RSA/2048 bits

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

- IN SEDE GIURISDIZIONALE -

Sezione V

R.G. N. 8456/2019

Udienza pubblica del 2 aprile 2020

MEMORIA

per **Sea View 4 Corporation** (“**SV4C**”), con gli avv.ti Andrea Marega, Filippo Mazza e Giorgia Diotallevi;

nel giudizio introdotto con ricorso in appello,

- dal **Comune di Monte Argentario** (il “**Comune**”), con gli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Prof. Angelo Clarizia ed Enrico Amante;

– amministrazione appellante –

contro

- **Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A.** (“**Marina di Cala Galera**” o “**MCG**”), con gli avv.ti Pasquale Frisina e il prof. Giuseppe Morbidelli;

– società appellata–

e nei confronti

- della **Regione Toscana**;

– amministrazione controinteressata –

nonché di

– **Ranieri Randaccio**;

– **Vincenzo Rienzi**, con gli avv.ti prof. Carlo Rienzi, Gino Giuliano, Paolo Sanchini e Vincenzo Rienzi;

– **Bruno De Gasperis**, con gli avv.ti Giulio Brovadan, Giuseppe C. Salerno e Riccardo di Falco;

– **Comitas - coordinamento Microimprese per la Tutela e lo Sviluppo**, con gli avv.ti prof. Carlo Rienzi, Gino Giuliano, Paolo Sanchini e Vincenzo Rienzi;

– **Ranalli Immobiliare S.r.l.**, con l’avv. Fabrizio Garzuglia;

– **Nautica Cala Galera S.p.A. e Nautica Due S.p.A.**, con l’avv. Domenico Iaria;

– **Sea View 4 Corporation**;

– **Immobiliare Anna Perenna S.r.l.**, con l’avv. Gaia Lodovica Cossio di Codroipo;

– **Cinzia Antonia Scalise**;

– **Rodolfo Vignocchi, Edoardo Apuzzo, Francesca Todini, Alessandra Apuzzo, Rossana Vita, Leonida Raho, Francesco Saverio Carrazza, Roberta Lisi, Giorgio Cecchini Saulini, Rita Maria Fiumara, Luca Bernabei, Romeo Conti, Mauro Bolla, Paola Palladini, Enrico Daniele, Marco Prugnoli, Mario Massimo Mazzone,**

Elisabetta Trimani, Alberto Ludovico Peroni, Antonella Morganti, Letteria Rita Isola, Leonardo Lelli, Marco Cammilli, Gabriella Sebastiani, Sabina Giurati, Alessandra Giurati, Massimiliano Angeli, Pietro Zamorani, Franco Zamorani, Gianfranco Cantarella, Maria Paola Emmi, Francesca Orso, Fabio Alocci, Fabrizio Di Feo, Laura Anselmi, Luca Lucarini, Luciano Lucarini, Elisabetta Montesi e Leonardo Lucarini, Unielle Immobiliare S.r.l., Rosanna Crotti, Massimo Callegarini, Alfredo Graziani, Giuseppina Pagani, Silvia Meniconi, Riccardo Pacifici, Eb Yachts S.r.l., Gaia Snc di Garagnani Maria Gabriella e C., Maria Luisa Laratta, Andrea Pecorari, Ugo Pambianchi, Massimo Troncarelli, Stefano Picalarga, Pietro Picalarga, Teodoro Picalarga, Filippo Iacobucci, Ermanno Valentini, Marco Pusateri, Patrizia Vannucci, Alfredo Ettore Mignini, Sandrelli Incorporation, Marina Dominech, Giulia Caneva e Andrea Maria Beccari, con gli avv.ti G. Ranalli, F. Garzuglia e C. Chiarelli;

- **Giorgio Pietrangeli**, con gli avv.ti Andrea Ghelli, Giacomo Biagioni e Francesca Pietrangeli;
- **Giulio Pascazio e Maria Francesca Lambardi Di San Miniato**, con gli avv.ti M. Roma e F. Sainato;
- **Alessandro Giacchetti, Andrea Pecorari e Rita Sconocchia**, con gli avv.ti G. Ranalli, F. Garzuglia e C. Chiarelli;
- **Angelos Pervanas**, con l'avv. Luigi Bonacchi;
- **Giorgio Dolcetta Capuzzo**, con gli avv.ti G. Ranalli, F. Garzuglia e C. Chiarelli;
- **Fabrizio Frezza, Gaetana Montini, Loredana Costantini, Manlio Torquato S.r.l., Roste Società Semplice, Emanuele Carosi, Tonino Morelli, Mauro Morelli, Carlo Boido, Retsa Finance S.r.l., Leda Mugnai, Antonella Somigli, Fiamma Ajello, Maya Maria Luigia Girotti e Bernd Hechenberger**, con gli avv.ti prof. Carlo Rienzi, Gino Giuliano e Paolo Sanchini;
- **Elisa Merlo**, con gli avv.ti prof. Carlo Rienzi, Gino Giuliano e Paolo Sanchini;
- **Lorenzo Brandini e Gana Serena**, con gli avv.ti prof. Carlo Rienzi e Gino Giuliano;
- **Giovanni Bisignani**, con gli avv.ti prof. Carlo Rienzi e Gino Giuliano;

nonché di

- **Lara Consulting S.r.l.**, con l'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini;

- controinteressati-

dandone notizia

- all'**Autorità Nazionale Anticorruzione**, con l'avv. dello Stato Carmela Pluchino,

per l'annullamento e/o la riforma,
previa sospensione dell'esecuzione.

della sentenza del T.A.R. Toscana – Firenze, sez. II (il “**TAR**”), del 18 giugno 2019, depositata in data 10 luglio 2019, n. 1060 (R.G. n.186/2019) (la “**Sentenza Impugnata**”).

1. Nella presente memoria si sintetizzano le eccezioni contenute nella memoria di SV4C del 25 novembre 2019, riservando alla memoria di replica le contro-deduzioni ad eventuali ulteriori argomenti che il Comune dovesse proporre entro il termine per il deposito delle memorie di merito.

2. Sono ormai noti i termini della presente controversia, che verte sulla legittimità della Determinazione Dirigenziale adottata dal Comune di Monte Argentario il 26 novembre 2018 (il “**Provvedimento Impugnato in primo grado**”), con cui è stato disposto “*l’annullamento dell’atto suppletivo del 25-05-2017, rep. n. 1810*” (l’“**Atto suppletivo**”).

3. In particolare, in virtù dell’atto della Capitaneria di Porto di Livorno n. 344/429/353 del 23 maggio 1977, la società Marina di Cala Galera è titolare della concessione demaniale marittima n. 429 per la costruzione e la gestione dell’omonimo approdo da diporto nautico, in località Porto Ercole, Comune di Monte Argentario (GR) (la “**Concessione**”), della durata iniziale di cinquant’anni (dal 19 giugno 1970 al 19 giugno 2020), rideterminata dal Comune in ottant’anni (dal 19 giugno 1970 al 18 giugno 2050) con l’Atto Suppletivo, e nuovamente ridotta dalla stessa amministrazione comunale a cinquant’anni con il Provvedimento Impugnato che ha disposto l’annullamento dell’Atto Suppletivo. Pertanto, con il Provvedimento Impugnato la scadenza della Concessione era tornata al 19 giugno 2020.

4. Con la Sentenza Impugnata il TAR ha qualificato il Provvedimento Impugnato in primo grado quale atto di **annullamento d’ufficio** ai sensi dell’art. 21 *nonies* della L.241/1990 e lo ha ritenuto **illegittimo** alla luce della violazione del “**termine ragionevole e comunque non superiore a 18 mesi**” di emanazione dello stesso.

I. Sulla infondatezza dell’unico motivo di appello

5. Il Comune sostiene che la Sentenza avrebbe fatto erronea interpretazione ed applicazione dell’art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, poiché il *dies a quo* per la decorrenza del termine di decadenza di 18 mesi in esso previsto per l’esercizio del potere di autotutela inizierebbe a decorrere dall’adozione dell’Atto suppletivo (del 25 maggio 2017) e non (come sostenuto dal TAR) dall’adozione della determinazione dirigenziale n. 345 dell’8 maggio 2017 con cui è stato approvato lo schema dell’Atto suppletivo di rideterminazione della durata della concessione (la “**Determina Dirigenziale**”).

6. La tesi del Comune è infondata, poiché si basa su un’errata interpretazione dello schema della cd. “concessione-contratto”, in cui lo stesso Comune ritiene di inquadrare l’intero procedimento amministrativo della vicenda in oggetto.

7. La corretta interpretazione della concessione-contratto comporta che è con l'adozione dell'atto amministrativo che l'Ente pubblico concede in godimento il bene del proprio patrimonio, mentre con l'accordo negoziale, che è ad esso accessorio (e che, non a caso, viene stipulato soltanto in un momento successivo), le parti si limitano a disciplinare il rapporto che ne consegue.

8. Pertanto, applicando il principio generale al caso di specie, considerato che **la decisione amministrativa è stata assunta con l'adozione della Determina Dirigenziale**, è evidente che **l'esercizio del potere di autotutela dovesse necessariamente esplicarsi nei confronti di questa e non, certamente, dell'Atto Suppletivo**.

9. Conseguentemente, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di esercizio del potere di autotutela ex art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 non può non essere individuato nel momento dell'adozione della Determina Dirigenziale, come ha correttamente ritenuto il TAR in primo grado.

10. Tale interpretazione trova conferma:

- nel disposto dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 (che prevede che il suddetto termine di diciotto mesi decorra "dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici"), atteso che è inequivocabile che il provvedimento amministrativo con cui il Comune ha attribuito a Marina Cala Galera il vantaggio economico in discussione (il godimento del porto turistico per la durata rideterminata) è la Determina Dirigenziale;
- nella giurisprudenza relativa a casi analoghi di concessioni di aree demaniali, ove il giudice amministrativo ha chiarito che "si tratta sicuramente di un caso di concessione contratto e quindi di un caso in cui il negozio di diritto privato accede al provvedimento autoritativo dell'amministrazione per il godimento del bene demaniale. Non vi è quindi spazio per ritenere l'esistenza di un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive, atteso che la fattispecie negoziale doppia, in termini di efficacia, quella provvedimentale e l'obbligazione del privato è condizionata dalla sussistenza del provvedimento" (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1014/2014; *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, n.912/2007; T.A.R. Veneto-Venezia, Sez. I, n. 260/2013);
- nella dottrina, che ha autorevolmente chiarito che la concessione-contratto costituisce un modulo convenzionale in cui il provvedimento è già di per sé fonte di obbligazioni e produttivo di effetti per il privato, disciplinati mediante il negozio, a sua volta accessorio al provvedimento (M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p.377; M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p.431).

11. In ogni caso, quand'anche si volesse riconoscere natura provvedimento all'Atto Suppletivo, esso andrebbe qualificato alla stregua di un **atto meramente confermativo**, poiché riproduttivo di un precedente atto e privo di qualsivoglia contenuto innovativo rispetto alla Determina Dirigenziale.

12. Al contrario, la Determina Dirigenziale è senz'altro **immediatamente** produttiva di effetti potenzialmente lesivi; come tale, è immediatamente impugnabile nell'ordinario termine decadenziale e, parallelamente, **dal momento della sua adozione inizia a decorrere il termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio** ex art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

13. Pertanto, anche la qualificazione dell'Atto Suppletivo come provvedimento amministrativo e, dunque, come atto meramente confermativo impone di individuare il *dies a quo* nella data di adozione della Determina Dirigenziale dell'8 maggio 2017.

14. Sotto distinto profilo, anche se si volesse considerare rispettato il termine di diciotto mesi in oggetto (cosa che comunque nel caso di specie non è avvenuta) **in ogni caso l'adozione del Provvedimento Impugnato è in contrasto con il "termine ragionevole" per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'art. 21-*nonies*.**

15. Infatti, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi in ogni caso violato il termine di diciotto mesi oltre il quale non può mai essere adottato un provvedimento in autotutela, allorquando, in considerazione di tutte le circostanze del caso, l'amministrazione abbia agito in maniera irragionevole, con sostanziale lesione del legittimo affidamento ingenerato nei privati (cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II n. 7628/2018; TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 4193/2016; TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 1658/2016).

16. Nella vicenda in oggetto, ai fini di una corretta valutazione del "termine ragionevole" che viene in rilievo, occorre considerare che:

- il procedimento di valutazione dell'opportunità di rideterminare la durata della Concessione è durato oltre dieci anni, a partire dall'istanza di Marina di Cala Galera del 5 aprile 2007;
- si era espresso a favore della rideterminazione il Ministero dei Trasporti inizialmente competente;
- l'Atto Suppletivo è stato adottato ad esito di un'istruttoria approfondita ed accurata;
- il Provvedimento impugnato è stato adottato in tutta fretta, all'ultimo momento, oltre che ogni caso fuori tempo massimo, ad esito di un'"istruttoria" durata venti giorni (avviata il 7 novembre, e conclusa lunedì, 26 novembre, a seguito delle osservazioni presentate da Marina Cala Galera giovedì, 22 novembre, e quindi sostanzialmente **mai valutate**), che evidentemente non può considerarsi condotta entro termini "ragionevoli". Tale *modus procedendi* è rivelatore del fatto che il Provvedimento

impugnato è scaturito da un **mero preconcetto e da una scelta di carattere politico**, al di fuori di un'istruttoria seria e di apprezzabili ragioni di fatto o giuridiche.

17. Alla luce delle richiamate circostanze è evidente che il termine "ragionevole" è stato nel caso di specie manifestamente eluso.

18. Sorprende poi l'affermazione contenuta nell'appello secondo cui il termine ragionevole di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 andrebbe in ogni caso calcolato **dal momento della scoperta del vizio**, che si vorrebbe incomprensibilmente far decorrere dalla data di insediamento della nuova giunta comunale nel giugno 2018, peraltro adombrando, nei confronti della società Marina di Cala Galera, la grave accusa di aver artatamente nascosto la realtà.

19. Tale affermazione, tuttavia:

- è smentita dal fatto che **l'amministrazione precedente era in possesso da oltre dieci anni di tutta la documentazione** fornita spontaneamente da Marina di Cala Galera nel corso del procedimento per la rideterminazione della durata della Concessione;
- è inoltre smentita dalla circostanza per cui **durante questi dieci anni il Comune ha svolto lunghe e puntuali valutazioni su fatti e documenti**, ad esito delle quali è stata adottata la Determina Dirigenziale oggetto del successivo e illegittimo atto di annullamento d'ufficio;
- contrasta platealmente con il principio di certezza delle situazioni giuridiche e di tutela del legittimo affidamento del privato soggetto all'azione amministrativa: **ritenere ammissibile un travolgimento dell'azione amministrativa in virtù di una nuova e costante riconsiderazione dell'operato della precedente compagine politica, metterebbe a rischio anche provvedimenti cristallizzati e stabili nel tempo**, conferendo un carattere di precarietà all'intera azione amministrativa su tutto il territorio nazionale e ad ogni livello.

20. Sostiene poi il Comune che l'emanazione della Determina Dirigenziale e del conseguente Atto suppletivo sarebbero imputabili alla conclamata erroneità della rappresentazione dei fatti offerta dalla Marina di Cala Galera nella richiesta di rideterminazione della durata della Concessione; ciò consentirebbe il superamento del rigido termine di diciotto mesi entro il quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, rientrandosi nell'ipotesi in cui *"l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte"* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, n. 3215 del 2017).

21. L'argomento del Comune è tuttavia errato e tendenzioso; infatti, il Comune omette di considerare che:

- l'erroneità dei presupposti a sostegno della domanda di rideterminazione della durata della Concessione è frutto di una valutazione discrezionale posta in essere dalla stessa amministrazione comunale, a cui, quindi, è senz'altro imputabile l'invocata erroneità;
- in ogni caso, la concessionaria MCG, nel richiedere la rideterminazione della durata della Concessione, non ha falsamente qualificato i presupposti a fondamento della propria richiesta; anzi, MCG ha espressamente menzionato tra questi costi: gli *"investimenti aggiuntivi negli anni"*, gli *"ulteriori investimenti per opere a servizio dell'approdo turistico"*, la *"costante ed onerosa manutenzione"*, gli *"interventi effettuati per gli adeguamenti alla normativa degli impianti e delle strutture di pertinenza dell'approdo"* e gli *"aggiunti ulteriori oneri dovuti agli aumenti dei canoni"*;
- la concessionaria MCG ha correttamente qualificato le ragioni a fondamento della propria richiesta, ed è stato proprio il Comune a ritenerle idonee a giustificare una rideterminazione della scadenza della Concessione, il che evidenzia la **manca** **za di dolo o colpa grave della società concessionaria e, al contrario, la sua perfetta buona fede**;
- in virtù del lungo, complesso e articolato *iter* procedimentale finalizzato all'accertamento della fondatezza della richiesta di rideterminazione della durata della Concessione, il Comune ha senz'altro valutato la documentazione presentata (tempestivamente) dalla concessionaria e detenuta dalla stessa amministrazione comunale per un lasso di tempo considerevole (ben dieci anni), il che determina un addebito colposo proprio nei confronti della stessa amministrazione comunale, considerato che, aderendo alle tesi dell'appellante, essa avrebbe atteso la conclusione del lungo e defatigante *iter* istruttorio, e valutato la documentazione solo in un secondo momento e in occasione dell'insediamento della nuova Giunta comunale.

22. Non può sostenersi, infine, l'inapplicabilità dell'art. 21-*nonies* in considerazione del fatto che nella vicenda in oggetto verrebbero in gioco disposizioni dell'UE. Come correttamente rilevato nella Sentenza Impugnata, *"la giurisprudenza assolutamente prevalente, dalla quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, ha da tempo chiarito che la disciplina del potere di autotutela dettata dall'art. 21 nonies non è derogata quando il vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21/04/2010, n. 553; T.A.R. Catania, sez. IV 03 ottobre 2016 n. 2345; T.A.R. Bologna sez. II 23 dicembre 2014 n. 1295)"*.

23. In definitiva, alla luce delle rassegnate argomentazioni l'appello deve essere rigettato.

II. **Sulle eccezioni di SV4C non esaminate in primo grado**

24. Con le eccezioni di primo grado non esaminate dalla Sentenza Impugnata, SV4C ha rilevato gli ulteriori plurimi vizi che hanno inficiato il Provvedimento impugnato.

25. Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, *“presupposti fondamentali per il legittimo esercizio da parte dell'Amministrazione del potere di autotutela, indicati dall'art. 21-nonies della legge 7.8.1990 n. 241, sono l'illegittimità iniziale del provvedimento annullando, l'interesse pubblico attuale e concreto alla sua rimozione (non coincidente con l'interesse generale al ripristino della legalità), l'adozione dell'annullamento d'ufficio entro un ragionevole lasso di tempo, la valutazione comparativa degli interessi dei destinatari del provvedimento di secondo grado, l'insussistenza di un affidamento legittimo che osti al dispiegarsi del potere di autotutela”* (v., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, n. 4902/2014 ; TAR Liguria, Genova, sez. I, n. 687/2017; TAR Lazio, Latina, sez. I, n. 594/2017).

26. Del mancato rispetto del termine di 18 mesi o comunque del termine ragionevole per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela (eccezione accolta e considerata assorbente dal TAR Toscana), si è dedotto al punto precedente.

27. Nel caso di specie, il Provvedimento Impugnato è stato tuttavia adottato in mancanza anche di tutti gli altri presupposti appena indicati.

28. Innanzitutto, difetta il presupposto dell'illegitimità iniziale del provvedimento annullando: **l'Atto Suppletivo annullato con il Provvedimento Impugnato è infatti perfettamente legittimo.**

29. Nelle motivazioni del Provvedimento Impugnato il Comune sostiene che l'Atto Suppletivo sarebbe illegittimo poiché la Determina Dirigenziale che lo ha approvato non avrebbe tenuto conto di un parere legale richiesto dallo stesso Comune allo studio Gerbi-Massa del 4 aprile 2017 (il ***“Parere”***), il che inficerebbe l'Atto suppletivo di carenza istruttoria.

30. Quanto affermato dal Comune è smentito *per tabulas*. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto, **il Parere è stato dal Comune ripetutamente considerato**; a titolo meramente esemplificativo:

- nella parte della Determina Dirigenziale in cui si afferma che *“il Comune allo stato deve pronunciarsi solo sull'istanza di rideterminazione”* (così come previsto a pag. 6, lettera b, del Parere);
- nella parte della Determina Dirigenziale in cui dispone che *“al fine di tale pronuncia il Comune ha verificato la documentazione prodotta e quella a suo tempo già valutata positivamente dall'Autorità Marittima che indicava un maggior costo di costruzione, al 1974, di Lire 3.000.003.560 rispetto a quello stimato in origine di Lire 1.760.003.40, e*

conseguentemente rideterminava il termine della concessione demaniale al 18 giugno 2050 e il canone di concessione aggiornato” (enfasi aggiunta) (così come indicato a pag. 6, lettera c, del Parere);

- nello stesso Atto suppletivo, come emerge dall’istruttoria in cui i pareri legali acquisiti per la rideterminazione della durata della Concessione vengono espressamente richiamati ed allegati, e – dunque - ne costituiscono parte integrante e sostanziale.

31. Ad ogni modo, si rileva che il Comune non ha neppure dimostrato in che termini la presunta mancata considerazione del Parere sarebbe stata concretamente in grado di inficiare la legittimità dell’Atto Suppletivo.

32. Sotto distinto profilo, **deve escludersi che nel caso di specie sussista alcun interesse pubblico** (concreto ed attuale) che consenta l’esercizio di uno *ius poenitendi* e tale dunque da rendere recessivo il legittimo affidamento di SV4C e della società appellata, stante l’**assenza di qualsivoglia bilanciamento e/o contemperamento di interessi**.

33. In particolare, con motivazione del tutto generica e superficiale, nel Provvedimento Impugnato in primo grado il Comune si limita ad affermare che l’Atto Suppletivo *“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”* e che *“tale interesse pubblico appare prevalente rispetto all’interesse del privato alla conservazione di un atto illegittimo”* (pag. 6 del Provvedimento impugnato in primo grado).

34. Si tratta all’evidenza di un’affermazione che si risolve in una mera petizione di principio, priva di qualsiasi fondamento logico e giuridico ed in contrasto con il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, nell’esercizio del potere di annullamento in autotutela, l’amministrazione deve considerare attentamente *“l’interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione dell’atto annullando”* e *“l’autotutela non può essere finalizzata al mero ripristino della legalità violata, ma deve essere il risultato di un’attività istruttoria adeguata che dia conto della valutazione dell’interesse pubblico e di quello del privato che ha riposto affidamento nella conservazione dell’atto”* (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3154/2017).

35. Anche sotto questo profilo, dunque, il Provvedimento Impugnato in primo grado e annullato dal TAR risulta viziato da difetto di istruttoria e carenza di motivazione e tale condotta risulta certamente ancor più grave se si pensa al fatto che non si è svolto alcun approfondimento istruttorio nemmeno a seguito delle puntuali controdeduzioni presentate da Marina di Cala Galera.

36. Il Comune nel Provvedimento Impugnato in primo grado e annullato dal TAR afferma che *“l’inserimento, oltre al costo di costruzione, di ulteriori investimenti a sostegno dell’allungamento della durata della concessione demaniale, avrebbe dovuto far ricadere l’operato di questa*

amministrazione nell'applicazione di quanto disposto dell'art.10 punto 3 del D.P.R. 509/1997, con relativo onere di pubblicazione per domande concorrenti" (enfasi aggiunta).

37. Tale motivazione, tuttavia:

- è evidentemente contraddittoria, poiché solo in presenza di profili di illegittimità, invero qui assenti, si sarebbe potuto inferire che la Concessione demaniale avrebbe dovuto essere riassegnata con gara, nel rispetto del principio di concorrenza e dunque procedere con l'esercizio del potere di autotutela;
- interpreta erroneamente l'art. 10 comma 3 del d.P.R. n. 509/1997, poiché quest'ultimo dispone esclusivamente che "*gli atti di concessione in vigore alla data del 1° gennaio 1990 possono essere prorogati (...) 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. Il periodo di proroga è determinato dall'autorità concedente tenuto conto dell'entità dell'investimento originario e di quello aggiunto*".

38. **Il Provvedimento Impugnato ha inoltre completamente disatteso una valutazione comparativa** tra l'interesse all'annullamento dell'atto, da un lato, e l'interesse dei suoi destinatari alla conservazione dello stesso, **nonché la valutazione dell'insussistenza di un affidamento legittimo** che osti al dispiegarsi del potere di autotutela.

39. In nessuna parte del Provvedimento Impugnato si tiene conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati dell'Atto suppletivo annullato, né si considera il legittimo affidamento ingenerato nei destinatari dell'Atto suppletivo (tra cui SV4C), eludendo l'obbligo di illustrare le ragioni per cui esso dovesse ritenersi recessivo rispetto all'interesse all'annullamento.

40. Nella vicenda in esame, l'illegittimo esercizio del potere di autotutela da parte del Comune determina una lesione, non solo degli interessi della società concessionaria, ma anche dell'affidamento qualificato di SV4C in virtù dell'acquisto di partecipazioni sociali di MCG alla luce dell'avvenuta rideterminazione della durata della Concessione (da cinquanta ad ottant'anni), e dietro versamento di un prezzo per azione parametrato al maggior valore, corrispondente alla maggiore durata del godimento del relativo posto barca, per un totale di Euro 3.750.000. In assenza dell'affidamento sull'Atto Suppletivo, SV4C non si sarebbe mai determinata all'acquisto delle quote societarie di MCG.

41. L'affidamento qualificato e meritevole di tutela ingenerato in SV4C si è consolidato anche in virtù della decennale interlocuzione procedimentale tra la Marina di Cala Galera ed il Comune, che si è evoluta fino a cristallizzarsi definitivamente con l'adozione, in esito ad un'istruttoria

protrattasi per ben nove anni, della Determinazione Dirigenziale, seguita poi dalla stipula dell'Atto Suppletivo.

42. Tale affidamento merita poi ancor più considerazione poiché nel caso in esame le presunte (ma invero inesistenti) criticità rilevate dal Comune nell'Atto suppletivo e le presunte illegittimità da rimuovere con il Provvedimento Impugnato in primo grado non sarebbero, nemmeno in astratto, ascrivibili ad azioni od omissioni della parte privata del rapporto (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2789/2017).

43. **In aggiunta ai vizi sopra descritti, sussistono poi ulteriori vizi procedurali** che inficiano la validità e la legittimità del Provvedimento Impugnato in primo grado.

44. Il brevissimo lasso di tempo decorso fra la presentazione delle osservazioni (giovedì 22 novembre 2018) e l'adozione del Provvedimento (lunedì 26 novembre 2018) poi impugnato ed annullato in primo grado – oltre ai profili di carenza di motivazione e difetto di istruttoria sopra evidenziati – conduce a sostenere che il Comune non ha tenuto in alcun conto le articolate argomentazioni proposte da Marina Cala Galera, evidenziando una celerità nell'adozione del Provvedimento Impugnato, in spregio al necessario approfondimento imposto dalla vicenda in esame.

45. Inoltre, nel Provvedimento Impugnato si attesta che *“con espresso mandato, la giunta comunale in data 25 Ottobre ha chiesto al sottoscritto dirigente dell'area I di effettuare un approfondimento sulla situazione del Porto di Cala Galera diretto a valutare la procedura che ha portato all'ampliamento della durata temporale della concessione originaria”*.

46. Pertanto, il mandato conferito dalla giunta comunale al dirigente estensore del Provvedimento Impugnato in primo grado era chiaramente circoscritto: limitarsi ad approfondire la situazione del Porto di Cala Galera e in particolare la procedura che aveva condotto alla rideterminazione della Concessione.

47. Malgrado ciò, il dirigente comunale, esorbitando palesemente dai limiti consentiti attinenti ad un mero compito esplorativo e/o di indagine, ha adottato un provvedimento che ha leso gli interessi dei soggetti a vario titolo destinatari del medesimo; tale condotta configura una violazione:

- dell'art. 107, comma 3, lett. f) del TUEL, secondo cui *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: (...) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie”*;

- dell'art. 34 dello Statuto del Comune, che assegna al dirigente il potere di adottare “*i provvedimenti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo dagli organi elettivi*”, poiché nel caso di specie il Provvedimento Impugnato non risulta emanato in attuazione di alcun precedente atto degli organi elettivi che ne abbia definito l'indirizzo da adottare. Come nella Determina Dirigenziale viene espressamente indicato di “*prendere atto della delibera della Giunta Comunale n. 68 del 3 maggio 2017*” (l'adozione dell'Atto suppletivo a firma del dirigente, infatti, trova la sua legittimazione in un precedente atto di indirizzo della Giunta comunale), allo stesso modo l'annullamento dell'Atto suppletivo avrebbe dovuto essere disposto con atto di indirizzo della Giunta Comunale, seguito da un atto di attuazione del dirigente.

Tanto premesso, si insiste per il rigetto del ricorso. Con ogni conseguenza di legge sia in fatto che in diritto e con vittoria di spese, diritti e onorari.

Roma, 2 marzo 2020



Avv. Andrea Marega
Avv. Filippo Mazza
Avv. Giorgia Diotallevi

Avv. Gaia Lodovica Cossio di Codroipo
Patrocinante in Cassazione
Via F. Petrarca snc sc.A int.10 - 01033 Civita Castellana VT
Tel 0761598438 Fax 0761514336
Pec: gaialodovicacossiodicodroipo@pec.ordineavvocativiterbo.it
P.IVA 01857280562 mail : avvocato.cossiodicodroipo@gmail.com

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

SEZIONE V – R.G. n. 8456/2019

Memoria

(u.p. 2 aprile 2020)

Per **Immobiliare Anna Perenna S.r.l.**, con l'Avv. Avv. Gaia Lodovica Cossio di
Codroipo;

appellata

nel giudizio proposto da

il **Comune di Monte Argentario**, in persona del Sindaco *p.t.*, con gli Avv.ti
Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Prof. Angelo Clarizia e Enrico Amante;

appellante

contro

Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A., con gli Avv.ti Pasquale Frisina e
Prof. Giuseppe Morbidelli;

appellata

e nei confronti

della **Regione Toscana**, in persona del Presidente della Giunta Regionale *p.t.*;
della **Nautica Cala Galera S.p.A.**, con l'Avv. Domenico Iaria;

appellate - controinteressate

nonché nei confronti

dei **Sig.ri Raniero Randaccio ed altri**;

appellati – intervenienti *ad adiuvandum*

e

di **Lara Consulting S.r.l.**, con l'Avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini;

appellata – interveniente *ad opponendum*

dandone notizia a

l’Autorità nazionale anticorruzione, con l’Avvocatura Generale dello Stato;

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

- previa sospensione dell’esecuzione -

della sentenza del TAR 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 Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A., 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 Monte Argentario, Area 1-Ufficio Demanio, prot. n. 32915/2018 del 26 novembre 2018, con la quale è stato disposto *«l’annullamento dell’atto suppletivo del 25-05-2017, rep. n. 1810 nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale»;*

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

*** * ***

In ossequio al principio di sintesi degli atti processuali, con la presente memoria ci si limiterà ad alcuni rilievi che, in vista dell’udienza pubblica fissata al 2 aprile 2020 per la trattazione del merito del ricorso, appaiono di particolare importanza.

Come è noto, l’odierna controversia attiene all’illegittimo esercizio del potere di autotutela da parte del Comune di Monte Argentario, per effetto del quale è stato annullato l’Atto suppletivo del 25 maggio 2017 che, riproducendo la Determinazione dirigenziale n. 345/2017 dell’8 maggio 2017, ha rideterminato in ottant’anni la durata della concessione di cui è titolare Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A. (nel prosieguo, per brevità, anche solo ‘MCG’).

Tale rideterminazione, si precisa sin da ora, è avvenuta nel pieno rispetto delle prerogative dell’Amministrazione e dopo una lunga, complessa e articolata istruttoria, sicché l’annullamento che ne ha disposto il Comune, in disparte dalle erronee modalità

con cui ha operato – che integrano plurimi e concorrenti vizi di legittimità che inficiano l'atto impugnato nel primo grado di giudizio – appare, con ogni evidenza, privo di fondamento, anzitutto sotto un profilo fattuale.

Peraltro, ed è ciò che più rileva per l'odierna appellata, **l'annullamento è stato disposto senza affatto considerare gli interessi maturati dai soggetti che sulla base della rideterminazione concessa a Marina Cala Galera hanno effettuato cospicui investimenti, proprio confidando nel prolungamento temporale della concessione** ed è in questi termini che la Società Anna Perenna ha interesse a sostenere l'illegittimità del provvedimento di autotutela.

La Società Anna Perenna svolge infatti attività immobiliari quali – tra le altre – la compravendita, la permuta, la lottizzazione, la costruzione, la ristrutturazione, la locazione, il comodato e la gestione di beni immobili.

Il 14 marzo 2018 ha acquistato due certificati azionari della Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A., rispettivamente il n. 291 corrispondente a n. 400 azioni e il n. 697 corrispondente a n. 30 azioni, per un controvalore complessivo di €135.000,00.

L'acquisto delle summenzionate partecipazioni azionarie, da parte dell'odierna appellata, è avvenuto **al precipuo fine di effettuare un investimento, in ragione del prolungamento della durata della concessione demaniale in titolarità della MCG, per l'effetto, la Società ha confidato, legittimamente, sul fatto che il considerevole investimento sostenuto fosse giustificato dal valore della partecipazione.**

Si aggiunga che la struttura societaria della MCG prevede una connessione materiale tra il **possesso della qualifica di socio e la titolarità di un posto barca** (e, come in questo caso, anche di un posto auto), sicché, una volta entrato a far parte della compagine sociale, il socio ha poi la possibilità di godere del posto barca, obbligandosi – tra l'altro – a versare i corrispettivi per i servizi prestati nel porto e i contributi relativi alle opere di ammodernamento della struttura.

In altri e ancor più chiari termini, l'acquisto delle summenzionate partecipazioni azionarie, da parte di Anna Perenna S.r.l., è stato dettato proprio dalle sopra descritte circostanze – in considerazione del prolungamento della durata della concessione

demaniale in titolarità della MCG e delle opere di ammodernamento da questa deliberate – con l'ottica di un investimento a lungo termine, mettendo a reddito il posto barca e i posti auto a fronte di un canone di locazione, nonché nella prospettiva che i pacchetti azionari aumentassero il proprio valore, o, quantomeno, lo mantenessero.

L'esercizio del potere di autotutela ha dunque arrecato serissimo pregiudizio alla Società e a tutti quegli operatori che, per diversi ragioni e scopi, gravitano su detta struttura portuale e per ciò hanno sostenuto ingenti finanziamenti, anche alla stregua del principio di certezza del diritto, avendo determinato uno stato di grave incertezza in ordine al mantenimento dell'obbligo di versamento, da parte dei soci, dei corrispettivi per i servizi e dei contributi delle opere, poiché originariamente calcolati e sopportati sulla base della durata della concessione come rideterminata dal Comune di Monte Argentario.

Ciò che rileva in questa sede è che la compromissione, o meglio la totale frustrazione, degli interessi maturati da tutti i soggetti interessati dalla rideterminazione e che rispetto alla stessa hanno effettuato le proprie scelte imprenditoriali, si è fondata su un provvedimento – la Determinazione dirigenziale n. 32915/2018 – gravemente viziato per plurimi e concorrenti motivi.

Anzitutto, **il Comune ha esercitato il potere di autotutela allorquando erano già decorsi oltre diciotto mesi dall'adozione della Determina dirigenziale n. 345/2017 di approvazione della rideterminazione della durata della concessione di MCG, dunque l'annullamento è illegittimo per violazione dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990.**

D'altra parte, tale termine non può certamente decorrere, come vorrebbe l'Amministrazione, dalla data dall'Atto suppletivo del 25 maggio 2017 – non essendo quest'ultimo un atto amministrativo di natura pubblicistica – né, ancora, dalla data di insediamento della nuova compagine politica che, operato un riesame dal procedimento, si sarebbe avveduta di non meglio precisati elementi e circostanze idonei a fondare l'atto di annullamento, non essendovi affatto nuove ragioni o sopravvenute circostanze, né evidenze documentali contrastanti con l'esito dell'istruttoria a suo tempo svolta, che

imponessero la revisione dell'attività amministrativa esercitata.

Il Comune ritiene infatti che la rideterminazione della durata della concessione sia stata disposta tenendo conto non solo dei maggiori costi sostenuti da MCG sino al 1974 per la costruzione della struttura portuale, ma anche in considerazione di successivi investimenti dalla stessa effettuata successivamente a tale data e sino al 2006. Ebbene, il Comune non si avvede e trascura del tutto che è la stessa documentazione acquisita nell'ambito dell'istruttoria a confermare che la Determinazione dirigenziale n. 345/2017 ha tenuto esclusivamente conto dei costi sostenuti in relazione all'approdo turistico sino al 1974, sicché ogni e diversa conclusione deve ritenersi destituita di qualsivoglia fondamento fattuale e giuridico.

Ma ciò che, ancora, evidenzia l'illegittimità della Determinazione dirigenziale n. 32915/2018 è **la totale assenza delle ragioni di pubblico interesse per l'esercizio del potere di autotutela, nonché il mancato bilanciamento tra l'interesse pubblico all'annullamento e il legittimo affidamento riposto, naturalmente da MCG, ma anche da tutti quei soggetti, quali l'odierna appellata Anna Perenna S.r.l., che sulla rideterminazione e sulla stabilità degli effetti da essa derivanti hanno realizzato cospicui e rilevanti investimenti.**

E, infatti, con riferimento al primo dei suesposti profili, non vi sono affatto, contrariamente a quanto asserisce il Comune, ragioni di tutela del principio di concorrenzialità atte a giustificare l'esercizio del potere di autotutela. A tal fine, è sufficiente rappresentare all'Ecc.mo Consiglio di Stato adito che non risulta agli atti alcuna manifestazione di interesse da altri operatori alla gestione del porto turistico. Peraltro, ove pure esistenti (e così non è), non si comprende come il Comune di Monte Argentario possa ritenere delle *'manifestazioni di interesse'* motivo *sic et simpliciter* sufficiente ad annullare un provvedimento – quale la Determinazione dirigenziale n. 345/2017 di rideterminazione della durata della concessione di MCG – frutto di una istruttoria decennale, che ha coinvolto diverse articolazione statali e nel corso della quale sono stati verificati, vagliati ed esaminati (peraltro con l'ausilio di perizie e pareri legali) tutti i presupposti a fondamento della legittima scelta dell'Amministrazione di accordare a

MCG il prolungamento temporale della concessione.

Infine, occorre altresì rappresentare che **il Comune, nell'illegittimo esercizio del potere di autotutela, ha omesso del tutto di considerare il legittimo affidamento risposto da altri soggetti, quali la Società Anna Perenna, nella rideterminazione della durata della concessione, in spregio all'ormai consolidata giurisprudenza che, sulla scorta della giurisprudenza sovranazionale, ha ritenuto il principio del legittimo affidamento, pur non essendo espressamente contemplato nei trattati dell'Unione Europea, principio cardine del diritto europeo che costituisce *ius receptum* a livello sovranazionale** (*ex multis* Corte di Giustizia, sentenza 3 Maggio 1978, causa C-12/77).

Il dovere di lealtà e correttezza della pubblica amministrazione declinato nel dovere di non ingenerare falsi affidamenti e di non tradire ragionevoli aspettative è stato recepito, tra l'altro, dalla giurisprudenza di Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato che ha espressamente affermato che «[...] *nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'articolo 97 della Costituzione, l'amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento [...]*» (Cons. di St. 15.7.2008, N. 3536/2008).

L'esercizio dello *ius poenitendi* da parte dell'Amministrazione incontra quindi un limite (insuperabile) nell'esigenza di salvaguardare le situazioni di soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento di posizioni di vantaggio loro attribuite da questo e che il decorso di un congruo lasso temporale dall'adozione dell'atto rimosso, senza che l'Amministrazione abbia apprezzato l'esistenza di un interesse pubblico attuale alla sua eliminazione, determina l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio.

Alla luce di quanto sopra, non può porsi in dubbio che l'operato del Comune, nel corso dell'istruttoria prima, con l'adozione della Determinazione dirigenziale n. 345/2017 poi, abbia ingenerato fondate aspettative nel soggetto cui erano rivolte,

proprio in ragione della circostanza per cui l'atto suppletivo è stato stipulato in esecuzione di una determinazione di approvazione, emanata a seguito di una lunga istruttoria, a sua volta basata sull'autorizzazione del Ministero dei Trasporti e sul parere favorevole degli Uffici competenti, con la conseguenza che gli interessi dei soci della MCG, indubbiamente coinvolti alla conservazione nel tempo dei benefici connessi con la proprietà delle azioni, nonché del valore di queste ultime, avrebbero dovuto rappresentare elemento ostativo all'esercizio del potere di autotutela.

*** * ***

P.Q.M.

Per le suesposte considerazioni, si chiede all'On.le Consiglio di Stato adito di rigettare l'appello proposto dal Comune di Monte Argentario, perché inammissibile e infondato.

Spese vinte.

Roma, il 2 marzo 2020

Avv. Gaia Lodovica Cossio di Codroipo

AVV. CINZIA A. SCALISE
PATROCINANTE IN CASSAZIONE
Via Galazia,10 - 00183- Roma
PEC: cinziaantoniascalise@ordineavvocatiroma.org

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sez. V - R.G. 8456/2019

Ud. Pubblica 2 Aprile 2020

MEMORIA CONCLUSIVA DELL'INTERVENIENTE

Per l'Avv. **Cinzia A. Scalise**, nata a Crotone il 14.01.1967 (SCLCZN67A54D122Z), che rappresentata e difende se medesima, giusta procura in atti, ed elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale Scalise, sito in Via Galazia, 10 – 00183 Roma; la quale dichiara di voler ricevere comunicazioni ed notifiche di cancelleria all' indirizzo PEC: cinziaantoniascalise@ordineavvocatiroma.org od al seguente numero di FAX 06 70494924;

Nel giudizio introdotto con ricorso in appello dal Comune di Monte Argentario – C.F. 00124360538, R.G. 8456/2019, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso come in atti;

Amministrazione appellante

contro **Marina Cala Galera Circolo Nautico SpA** – C.F. 00098740533- in persona del Legale Rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, come in atti,

Società appellata

e nei confronti di **Regione Toscana** – C.F. 01386030488- in persona del Presidente in carica;

Controinteressata

Nonché di tutte le Parti già Intervenute e che hanno ricevuto notifica dell'appello, ivi inclusa la sottoscritta, quale socia del Marina di Cala Galera Circolo Nautico S.p.A. :

- **Nautica Cala Galera s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Nautica Due, in persona del LR *pro tempore*, con l'Avv. Domenico Iaria;
- Ranieri Randaccio; Vincenzo Rienzi; Bruno De Gasperis; Comitas (Coordinamento Microimprese per la Tutela e lo Sviluppo) in persona del LR *pro tempore*; Ranalli Immobiliare SRL in persona del LR *pro tempore*; Sea View 4 corporation, in persona del LR *pro tempore*; immobiliare Anna Perenna SRL in persona del LR *pro tempore*; Rodolfo Vignocchi; Edoardo Apuzzo; Alessandra Apuzzo; Francesca Todini; Rossana Vita; Leonida Raho; Francesco Saverio Cavazza; Roberta Lisi; Giorgio Cecchin Saulini; Rita Maria Fiumara, Luca Bernabei, Romeo Conti, Mauro Bolla, Paola Palladini; Enrico Daniele; Marco Prugnoli; Mario Massimo Mazzone; Elisabetta Trimani; Alberto Ludovico Peroni; Antonella Morganti; Letteria Rita Isola; Leonardo Lelli; Marco Cammilli; Gabriella Sebastiani; Sabina Giurati; Alessandra Giurati; Massimiliano Angeli; Pietro Zamorani; Franco Zamorani; Gianfranco Cantarella; Maria Paola Emmi; Francesca Orso; Fabio Alocci; Fabrizio di Feo; Iaura Anselmi; Luca Lucarini; Luciano Lucarini; Elisabetta Montesi; Leonardo Lucarini; Unielle Immobiliare SRL in persona del LR *pro tempore*; Rosanna Crotti; Massimo Callegarini; Alfredo Graziani; Giuseppina Pagani; Silvia Meniconi; Riccardo Pacifici; Eb Yachts SRL in persona del LR *pro tempore*; Gaia SNC di Garagnani Maria Gabriella e C. in persona del LR *pro tempore*; Maria Luisa Laratta; Andrea Pecorari; Ugo Panebianco; Massimo Troncarelli; Stefano Picalarga; Pietro Picalarga; Teodoro Picalarga; Filippo Iacobucci; Marina Dominech; Ermanno Valentini; Marco Pusateri; Giorgio Pietrangeli; Giulio Pascazio; Maria Francesca Lombardi di San Miniato; Angelos Pervanas; Alessandro Giacchetti; Patrizia Vannucci; Alfredo Ettore Mignini; Andrea Pecorari; Rita Sconocchia; Sandrelli Incorporation, in persona del LR *pro tempore*; Giulia Caneva; Andrea Maria Beccari; Giorgio Dolcetta Capuzzo; Fabrizio Frezza; Gaetana Montini; Loredana Costantini; Manlio Torquato SRL in persona del LR *pro tempore*; Roste Società Semplice in persona del LR *pro tempore*; Emanuele Carosi; Tonino Morelli; Mauro Morelli; Carlo Boido; Retsa Finance SRL in persona del LR *pro tempore*; Leda Mugnai; Antonella Somigli; Elisa Merlo; Fiamma Ajello; Maya Maria Luigia Girotti;

- **Nonché di Lara Consulting s.r.l.**, in persona del LR pro tempore;

Controinteressata

Dandone comunicazione

- All'**Autorità Nazionale Anticorruzione**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

PREMESSE

- I fatti che hanno dato origine al presente contenzioso sono riferiti dettagliatamente nella parte in Fatto delle due Memorie: di costituzione e per la fase cautelare presentate dalla Società Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A titolare della concessione demaniale marittima n. 429 del 23.05.1977 rilasciata dalla Capitaneria di Livorno e originariamente determinata in anni cinquanta e poi rideterminata in anni ottanta.
- A seguito di un complesso ed articolato *iter* procedimentale durato all'incirca 10 anni, in cui Marina di Cala Galera ha fornito prova dei costi affrontati per la costruzione del porto ben superiori a quello originariamente previsti, tra cui assume particolare rilievo la redazione del piano regolatore del Porto di Cala Galera, e di quelli ulteriori effettuati anche a seguito di adeguamenti necessari per interventi normativi sopravvenuti e che hanno comportato oneri di investimento ingentissimi a carico della concessionaria, il predetto *iter*, spiegato e motivato nel dettaglio dalla Appellata principale, supportato da adeguata documentazione, si concludeva con il riconoscimento da parte dell'amministrazione della necessità del prolungamento della concessione, a fronte degli investimenti occorsi nella realizzazione portuale.
- Pertanto, l'originaria concessione veniva rideterminata dal Comune di Monte Argentario per ulteriori trent'anni, con determinazione dirigenziale comunale n. 345 dell'08.05.2017.
- Dopo oltre 18 mesi dal conseguimento della ridetermina, inopinatamente, il Comune di Monte Argentario, con atto a firma del dirigente dell'Area 1 (Ing. Vecchieschi) annulla d'ufficio la ridetermina – v. determinazione dirigenziale n. 1 del 26.11.2018 Prot. 32915/2018.
- Il provvedimento amministrativo è stato ritualmente e tempestivamente impugnato davanti al TAR Toscana di Firenze, territorialmente competente, dalla destinataria Marina di Cala Galera Circolo Nautico S.p.a., unitamente a

tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali sulla base di molteplici censure, tra cui *“violazione e falsa applicazione dell’art. 21 nonies della L. n. 241/90 per mancato rispetto del termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi, per esercitare il potere in autotutela”*.

- Con la sentenza TAR Toscana – Firenze, Sez II, n. 1060/2019, oggetto del presente appello, il TAR ha accolto il ricorso promosso da Marina di Cala Galera ed ha disposto l’annullamento del provvedimento di annullamento in autotutela del Comune di Monte Argentario. Il TAR avendo ritenuto fondato il primo motivo del ricorso in ordine alla *“violazione e falsa applicazione dell’art. 21 nonies della L. 241/90 per mancato rispetto del termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi, per esercitare il potere in autotutela”*, lo ha accolto e ritenuto in esso assorbiti i restanti motivi.
- La sottoscritta, già in epigrafe identificata, facendo affidamento sulla rideterminazione della ulteriore durata della concessione, appunto ulteriori 30 anni, con la prospettiva di un investimento di lunga durata è entrata a far parte della compagine azionaria del Marina di Cala Galera, ed è ciò che l’ha legittimata ad intervenire, già in I grado, davanti al TAR Toscana di Firenze, ed oggi, la legittima ad intervenire nel presente giudizio di appello.
- Nello specifico, in data 20 ottobre 2017, la sottoscritta ha acquistato n. 495 azioni, incorporate nei certificai azionari n. 485 e 941 con firma autentica del Notaio Roberto Baldassarri, Repertorio n. 48.286 – Raccolta n. 30.755, Registrato a Grosseto in data 27.10.2017 al n. 7.096 serie IT, ed annotata debitamente nel libro soci della Società Marina di Cala Galera e di cui *ad abundantiam* si produce anche attestazione di trascrizione (All.1 e All.2 già prodotti in I grado).
- La transazione riferita è avvenuta proprio in virtù della prospettiva della oramai definita rideterminazione per ulteriori 30 anni.
- E’ dunque evidente che la sottoscritta ha uno specifico interesse a che venga confermata la sentenza del TAR Toscana di Firenze n. 1060/2019 che ha disposto l’annullamento del provvedimento comunale di annullamento d’ufficio dell’atto di rideterminazione della concessione demaniale marittima di cui è intestataria Marina di Cala Galera, e da cui dipende la fruizione e l’utilità dell’investimento azionario a titolo personale di cui si è sopra riferito, e corrispondenti a posto barca e posto auto.

Tutto ciò premesso, la sottoscritta interviene adesivamente con la concessionaria Marina di Cala Galera S.p.A., avverso l'appello proposto dal Comune di Monte Argentario, chiedendo la conferma della decisione del TAR Toscana n. 1060/2019 e nel merito ripropone comunque, anche i motivi di diritto espliciti già dalla società Marina di Cala Galera, e ritenuti assorbiti in primo grado, da intendersi richiamati e trascritti e che solo sinteticamente vengono esposti.

Diritto

1. 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.

Con la Sentenza 1060/2019 il TAR ha correttamente individuato il *dies a quo* nella data di adozione della Determina Dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017, con cui veniva ridefinita la concessione, alla luce degli oneri di spesa assai rilevanti in cui era incorsa il Marina di Cala Galera al momento della costruzione dell'area portuale, come provati ed allegati nel corso del giudizio di I grado, e già prima oggetto di scambio con le amministrazioni statali competenti e poi comunale, a seguito di una istruttoria decennale. Puntualmente il TAR sostiene che *“ 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, attraverso la fissazione di un nuovo termine finale dello stesso. Dunque l'annullamento d'ufficio si dirige, nella sostanza, nei confronti della determinazione dirigenziale n. 345 dell'8 maggio 2017 di approvazione dello schema di atto suppletivo di rideterminazione della durata della concessione, essendo quello il momento di scelta pubblicistica, rispetto al quale la successiva stipula dell'atto suppletivo, avvenuta in data 25 maggio 2017, si pone come meramente consequenziale.*

Infatti con l'adozione dell'atto amministrativo l'ente pubblico concede in godimento il bene demaniale, mentre l'accordo negoziale è accessorio al primo e viene stipulato in un momento successivo per disciplinare il rapporto che ne consegue. Oltre al fatto che i rapporti intercorsi tra il Marina di Cala Galera e l'Amministrazione per la rideterminazione della concessione in essere sono stati preceduti da un'istruttoria ultra decennale e dunque frutto di esami accurati ed approfonditi, e che hanno prima interessato le amministrazioni statali competenti

e poi il comune per l'intervenuto trasferimento di competenza. Motivo per cui il *revirement* amministrativo, che ha dato origine all'annullamento d'ufficio oltre che tardivo appare assai pretestuoso oltre ad essere privo di fondamento.

Con il motivo sinteticamente indicato, come conviene alla sottoscritta, nella propria qualità di interveniente *ad adiuvandum*, il TAR ha dunque accolto il ricorso avverso il provvedimento amministrativo di annullamento, e che con convinzione viene riproposto anche nella attuale sede.

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

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”.*

3. Assenza del presupposto in concreto, erronea individuazione del presunto interesse pubblico prevalente.

La condotta serbata dall'amministrazione comunale nel caso di specie risulta altresì sindacabile per essere stato l'annullamento d'ufficio oltre che fuori termine e senza tenere conto dei maggiori costi sostenuti dal Marina di Cala Galera per la costruzione del porto e la redazione del Piano regolatore, di cui si prima riferito, anche per essere stato emesso in assenza assoluta di interesse pubblico prevalente che avrebbe potuto giustificare lo *ius poenitendi*.

In particolare, la determinazione dirigenziale di annullamento si limita ad affermare che l'Atto Suppletivo *“si configura come lesivo del pubblico interesse, atteso che esso di fatto sottratto dalla libera concorrenza potenziali investitori, con diretta ricaduta sull'economia locale e sulla valorizzazione dei beni in oggetto”* e che *“tale interesse pubblico appare prevalente rispetto all'interesse del privato alla conservazione di un atto illegittimo”*. Quanto affermato dal Comune risulta essere un'affermazione speciosa quanto generica, che si risolve in una mera petizione di principio priva di qualsiasi fondamento idoneo a sostenerlo nel caso che ci occupa. Oltre ad essere anche in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui, nell'esercizio del potere di annullamento in autotutela, l'amministrazione deve considerare attentamente *“l'interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione dell'atto annullando”* e *“l'autotutela non può essere finalizzata al mero ripristino della legalità violata, ma deve essere il risultato di un'attività istruttoria adeguata che dia conto della valutazione dell'interesse pubblico e di quello del privato che ha riposto affidamento nella conservazione dell'atto”* (CdS 3154/2017). La determina dirigenziale già annullata dal TAR per tardività di emissione, possiamo affermare essere anche viziata da difetto di istruttoria e carenza di motivazione, considerato che, il ventilato interesse pubblico non è stato rappresentato in alcun modo, né il richiamo ad esigenze di libera concorrenza potrebbe essere in grado di sostenerlo, a fronte di un 'istruttoria decennale delle varie amministrazioni sia centrali, prima competenti, che comunali, ed a seguito delle quali si era giunti alla decisione del prolungamento della concessione con rideterminazione motivata, e che tenevano conto anche di vari pareri tecnici esibiti nel corso dell'istruttoria. Pertanto, in virtù dei rilievi esposti, si ritiene non sussistere alcun interesse pubblico- concreto ed attuale- idoneo a giustificare l'annullamento d'ufficio dell'atto.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies co. 1, della L. n. 241/1990, assenza del bilanciamento tra l'interesse all'annullamento in autotutela e il legittimo affidamento dei privati – Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare difetto di istruttoria e violazione dei principi di proporzionalità e di buona fede.

Il caso all'esame risulta anche privo di qualunque valutazione comparativa tra l'interesse all'annullamento dell'atto, da un lato, e l'interesse dell'originario destinatario e dei controinteressati alla conservazione dello stesso, così come

privo della valutazione dell'insussistenza di un affidamento legittimo che osti al dispiegarsi del potere di autotutela (CdS 4902/2014). Infatti, il Comune ha ommesso di considerare il legittimo affidamento ingenerato nei destinatari del provvedimento di ridetermina, eludendo l'obbligo di illustrare le ragioni per cui esso dovesse ritenersi recessivo rispetto all'interesse all'annullamento. La giurisprudenza amministrativa si è ripetutamente espressa sul punto ed anche di recente ha sostenuto che: *“l'autotutela deve essere il risultato di un'attività istruttoria adeguata che dia conto della valutazione dell'interesse pubblico e di quello privato che ha riposto affidamento nella conservazione dell'atto”* (CdS 3154/2017).

L'illegittimo esercizio del potere di autotutela da parte del Comune determina nel caso di specie una lesione, non solo degli interessi della Società concessionaria, ma anche dell'affidamento qualificato della sottoscritta (quale Parte Interveniente) che ha acquistato partecipazioni sociali da Marina di Cala Galera alla luce dell'avvenuta rideterminazione della durata della Concessione (da 50 a 80 anni) e dietro versamento di un prezzo per azione parametrato al maggior valore, corrispondente alla maggiore durata del godimento del corrispondente posto barca e posto auto, e certamente in assenza dell'affidamento della estensione della concessione, mai si sarebbe determinata a detto acquisto, avvenuto tra l'altro proprio a seguito della già intervenuta rideterminazione.

L'affidamento qualificato e meritevole di tutela e si è consolidato anche in virtù della decennale interlocuzione procedimentale tra Marina di Cala Galera ed il Comune di Monte Argentario, fino a cristallizzarsi definitivamente con l'adozione, in esito ad un'istruttoria protrattasi per oltre dieci anni.

5. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 e dell'art. 10 della L. n. 241/1990 e del principio di partecipazione al procedimento – mancata valutazione delle controdeduzioni presentate dalla società in sede procedimentale – assenza nella comunicazione di avvio del procedimento della data di conclusione del procedimento e dei rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione – Violazione e falsa applicazione degli artt. 107 co. 3, lett. f) TUEL e dell'art. 34 dello Statuto del Comune di Monte Argentario.

Il breve lasso di tempo decorso tra la presentazione delle osservazioni e l'adozione del provvedimento di annullamento, ben descritti nei particolari dalla difesa di

Marina di Cala Galera, oltre ai profili sopra detti, consente altresì di inferire che l'amministrazione non ha in alcun modo tenuto conto delle articolate argomentazioni presentate dalla Società concessionaria, evidenziando una celerità nell'adozione del provvedimento in autotutela (già annullato dal TAR di Firenze), in spregio al necessario approfondimento imposto dalla vicenda e tra l'altro già ampiamente valutato dalla amministrazione precedente che aveva vagliato e concesso la rideterminazione.

Si rileva, inoltre, che il mandato conferito dalla giunta comunale al dirigente competente era assai circoscritto avendo espressamente conferito l'incarico in detti termini *“con espresso mandato, la giunta comunale in data 25 ottobre ha chiesto al sottoscritto dirigente dell'area I di effettuare un approfondimento sulla situazione del Porto di Cala Galera diretto a valutare la procedura che ha portato all'ampliamento della durata temporale della concessione originaria”*. Or dunque il mandato era circoscritto, mentre il dirigente ha esorbitato palesemente i limiti del mandato conferito, e per cui la condotta configura anche violazione dell'art. 107 comma 3 lettera f) del TUEL, secondo cui *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente (...omissis) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presuppone accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie”*.

Specularmente, si registra una violazione dell'art. 34 dello Statuto del Comune che assegna al dirigente il potere di adottare *“i provvedimenti di adozione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo dagli organi elettivi”*, poiché nel caso di specie, il provvedimento in autotutela non risulta emanato in attuazione di alcun precedente atto degli organi elettivi che ne abbia definito l'indirizzo da adottare.

Considerato che l'istruttoria del procedimento di annullamento in autotutela dell'atto suppletivo è stata avviata solo qualche mese dopo l'insediamento della nuova giunta comunale, entrata in funzione nel mese di giugno 2018. Proprio il mutamento di indirizzo politico avrebbe richiesto un provvedimento collegiale che evidenziasse le ragioni di interesse pubblico alla rimozione in autotutela di un

provvedimento adottato dalla precedente compagine politica, ma tutto ciò nel caso di specie non è mai avvenuto.

Tutto ciò premesso, il sottoscritto difensore, in rappresentanza di se medesima, chiede all'On. le Consiglio di Stato di accogliere, *contrariis rejectis* le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato

- confermare la Sentenza del TAR Toscana – Firenze n. 1060/2019, per i motivi ivi espressi;
- comunque respingere l'appello presentato dal Comune di Monte Argentario anche per tutti gli altri motivi esposti in questa sede e già ritenuti assorbiti dal TAR nella Sentenza sopra menzionata, rigettando l'appello perché infondato oltre che tardivo, irricevibile, inammissibile, improcedibile.

Con vittoria di spese ed onorari di lite di entrambi i gradi di giudizio.

Si allegano i seguenti documenti:

1. Trascrizione libro soci;
2. Attestazione di qualifica di Socio.

Roma, 20 Febbraio 2020

Avv. Cinzia A. Scalise

Firmato digitalmente da:Cinzia Antonia Scalise
Motivo:Deposito memoria conclusiva
Luogo:Roma
Data:20/02/2020 20:46:38



ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

MEMORIA

per l'Ing. GIORGIO PIETRANGELI, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, dall'Avv. Andrea Ghelli, dall'Avv. Giacomo Biagioni e dall'Avv. Francesca Pietrangeli;

contro

il COMUNE DI MONTE ARGENTARIO, in persona del Sindaco *pro tempore*, con l'Avv. Damiano Lipani, l'Avv. Francesca Sbrana, il Prof. Avv. Angelo Clarizia e l'Avv. Enrico Amante;

e nei confronti di

- MARINA CALA GALERA CIRCOLO NAUTICO S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con l'Avv. Giuseppe Morbidelli, l'Avv. Pasquale Frisina e l'Avv. Livia Lorenzoni;
- Sig. BRUNO DE GASPERIS, con l'Avv. Giulio Brovadan, l'Avv. Giuseppe Cataldo Salerno e l'Avv. Gabriele Pafundi;
- A.N.A.C., in Persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato;
- NAUTICA CALA GALERA S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- NAUTICA 2 S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, entrambe con l'Avv. Domenico Iaria;
- LARA CONSULTING S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, con l'Avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini;

- SEA VIEW 4 CORPORATION, con l'Avv. Filippo Mazza, l'Avv. Andrea Marega e l'Avv. Giorgia Diotallevi;

- Sig. FABRIZIO FREZZA;

- Sig.ra GAETANA MONTINI;

- Sig.ra LOREDANA COSTANTINI;

- MANLIO TORQUATO S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- ROSTE SOCIETÁ SEMPLICE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- Sig. EMANUELE CAROSI;

- Sig. TONINO MORELLI;

- Sig. MAURO MORELLI;

- Sig. CARLO BOIDO;

- LETSA FINANCE S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

- Sig.ra LEDA MUGNAI;

- Sig.ra ANTONELLA SOMIGLI;

- Sig.ra ELISA MERLO;

- Sig.ra FIAMMA AJELLO;

- Sig. BERND HECHENBERGER;

- Sig. LORENZO BRANDINI;

- Sig.ra SERENA GANA;

- Sig. GIOVANNI BISIGNANI;
- Sig.ra MAYA MARIA LUIGIA GIROTTI, tutti con l'Avv. Carlo Rienzi e l'Avv. Gino Giuliano;
- RANALLI IMMOBILIARE S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con l'Avv. Fabrizio Garzuglia;
- Avv. CINZIA ANTONIA SCALISE, rappresentata e difesa da sé medesima;
- Sig. RODOLFO VIGNOCCHI;
- Sig. EDOARDO APUZZO;
- Sig.ra FRANCESCA TODINI;
- Sig.ra ALESSANDRA APUZZO;
- Sig.ra ROSSANA VIDA;
- Sig. LEONIDA RAHO;
- Sig. FRANCESCO SAVERIO CARRAZZA;
- Sig.ra ROBERTA LISI;
- Sig.ra RITA MARIA FIUMARA;
- Sig. LUCA BERNABEI;
- Sig. ROMEO CONTI;
- Sig. MAURO BOLLA;
- Sig.ra PAOLA PALLADINI;
- Sig. ENRICO DANIELE;
- Siog. MARCO PRUGNOLI;
- Sig. MARIO MASSIMO MAZZONE;

- Sig.ra ELISABETTA TRIMANI;
- Sig. ALBERTO LUDOVUCO PERONI;
- Sig.ra ANTOLELLA MORGANTI;
- Sig.ra LETTERIA RITA ISOLA;
- Sig. LEONARDO LELLI;
- Sig. MARCO CAMMILLI;
- Sig.ra GABRIELLA SEBASTIANI;
- Sig.ra SABINA GIURATI;
- Sig.ra ALESSANDRA GIURATI;
- Sig. MASSIMILIANO ANGELI;
- Sig. PIETRO ZAMORANI;
- Sig. FRANCO ZAMORANI;
- Sig. GIAN FRANCO CANTARELLA;
- Sig.ra MARIA PAOLA EMMI;
- Sig. FABRIZIO DI FEO;
- Sig. LUCA LUCARINI;
- Sig. LUCIANO LUCARINI;
- Sig.ra ELISABETTA MONTESI;
- Sig. LEONARDO LUCARINI;
- UNIELLE IMMOBILIARE S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- Sig.ra ROSANNA CROTTI;

- Sig. MASSIMO CALLEGARINI;
- Sig.ra SILVIA MELICONI;
- Sig. RICCARDO PACIFICI;
- EB YACHT S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- Sig.ra MARIA LUISA LARATTA;
- Sig. ANDREA PECARARI;
- Sig. UGO PAMBIANCHI;
- Sig.ra MARINA DOMINECH;
- Sig. ERMANNO VALENTINI;
- Sig. MARCO PUSATERI;
- Sig.ra PATRIZIA VANNUCCI;
- Sig. ALFREDO ETTORE MIGNIN;
- SANREDELLI INCORPORATION, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- Sig.ra GIULIA CANEVA;
- Sig. GIORGIO DOLCETTA CAPUZIO;
- Sig. ANDREA MARIA BECCARI, tutti con l'Avv. Giovanni Ranalli e l'Avv. Fabrizio Garzuglia;
- il Dott. GIULIO PASCAZIO, con l'Avv. Michele Roma e l'Avv. Simona Sainato;
- IMMOBILIARE ANNA PERENNA S.R.L., con l'Avv. Gaia Lodovica Cossio di Codroipo e l'Avv. Manola Cascioli.

R.G. n. 8456/19 – Sez. V

Udienza pubblica 2.4.2020

FATTO

1. Il presente giudizio di appello è stato proposto dal Comune di Monte Argentario per chiedere l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione, della sentenza 10.7.2019, n. 1060, del T.A.R. Toscana, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.a.

Si è costituita la società Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.a., ricorrente in I grado, concludendo per il rigetto dell'appello e riproponendo i motivi dichiarati assorbiti dal Giudice di prime cure. Con memoria 25.11.2019 si è altresì costituito l'Ing. Giorgio Pietrangeli, insistendo per il rigetto dell'appello.

2. Alla Camera di consiglio del 28.11.2019 l'Amministrazione appellante ha chiesto la riunione della domanda cautelare al merito.

3. Il ricorso è ora chiamato all'udienza pubblica del 2.4.2020.

DIRITTO

I.

Sull'unico motivo di appello.

Con unico motivo di appello il Comune di Monte Argentario ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui ha individuato nella determinazione dirigenziale 8.5.2017, n. 345, il *dies a quo* per la decorrenza del termine perentorio di 18 mesi ai fini dell'annullamento in autotutela di cui

all'art. 21-nonies L. 7.8.1990, n. 241, anziché nel successivo atto suppletivo.

Ma le argomentazioni formulate in proposito dall'appellante appaiono del tutto infondate e pretestuose.

Invero, il *dies a quo* non può che corrispondere alla data dell'atto amministrativo con il quale il Comune si è determinato ad adottare l'atto negoziale, e non certo alla data del successivo atto suppletivo, che peraltro ne riprende pedissequamente – e non potrebbe essere diversamente – il contenuto.

Né i due atti possono essere considerati come un unico provvedimento amministrativo, come sostiene l'Amministrazione

Infatti, è ben noto che, nel caso della concessione di beni pubblici, vengono ad esistenza due distinti atti, uno, di natura autoritativa, con il quale l'Amministrazione esercita il suo potere individuando oggetto e beneficiario della concessione, e l'altro, di natura contrattuale, con il quale il soggetto pubblico e quello privato disciplinano i loro rapporti economici (cfr. tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 6.12.2010, n. 8554), diversi per struttura e ruolo delle parti, dei quali soltanto il primo può essere soggetto alle norme che regolano l'azione amministrativa, come il potere di annullamento e l'autotutela, non potendo certo l'amministrazione far valere unilateralmente eventuali vizi del contratto (in termini, Cons. Stato, Sez. III, 13.3.2018, n. 1610; cfr. anche 13.6.2018, n. 3628).

Né può ritenersi che la citata determinazione 8.5.2017, n. 345, configuri un mero impegno di spesa, improduttivo di effetti giuridici verso l'esterno, dal

momento che la stessa, mentre non individua alcuna somma da pagare né alcun creditore dell'Amministrazione, ridetermina espressamente la durata della concessione.

Addirittura abnormi appaiono le considerazioni secondo cui il successivo atto suppletivo costituirebbe l'unico atto suscettibile di avere effetti giuridici verso l'esterno, dal momento che risulta evidente che l'adozione dell'atto concessorio obblighi l'Amministrazione a darvi seguito, a meno che non provveda all'annullamento dell'atto stesso, sussistendo altrimenti l'evidente violazione dei principi che regolano l'azione amministrativa.

Pertanto, il termine di diciotto mesi per l'annullamento in autotutela, come previsto dall'art. 21-*nonies* della L. 7.8.1990, n. 241, non poteva che decorrere dalla predetta determinazione 8.5.2017, n. 345, la quale era di per sé idonea a costituire esercizio del potere amministrativo spettante al Comune ai fini della rideterminazione della durata della concessione.

* * *

Sotto altro profilo, non colgono nel segno le affermazioni di controparte secondo cui, in ogni caso, non si applicherebbe il termine decadenziale di 18 mesi, essendo stata l'Amministrazione indotta in errore dalla rappresentazione fuorviante dei fatti asseritamente offerta dalla concessionaria.

Al riguardo, risulta del tutto irrilevante la circostanza che nel giugno 2018 si siano insediati i nuovi organi comunali, non essendo certo questa una circostanza che possa far nuovamente decorrere i termini del procedimento

amministrativo, non costituendo certo una cesura nella continuità giuridica dell'ente locale.

Fermo quanto sopra, si osserva che nessuna rappresentazione fuorviante dei fatti è stata fornita dalla concessionaria e che l'Amministrazione aveva, al momento dell'adozione della determinazione 8.5.2017, n. 345, tutti gli elementi per fondare la sua decisione.

Infatti, risulta *per tabulas* che la domanda non è mai stata modificata dalla concessionaria e che tale pretesa modifica è dovuta unicamente alla richiesta di precisazioni avanzata dalla stessa Amministrazione Comunale, dopo un silenzio di dieci anni, alla quale la concessionaria ha prontamente risposto, chiarendo l'oggetto della richiesta.

Neppure può convenirsi con l'appellante quando afferma che i maggiori oneri della concessionaria non afferissero in realtà ai maggiori costi della realizzazione del porto ma avessero ad oggetto ulteriori investimenti, dal momento che gli ulteriori costi elencati nella domanda della società appellata non sono stati computati nella rideterminazione della concessione.

A confutare l'incongrua ricostruzione dell'Amministrazione è sufficiente la lettera della determinazione 8.5.2017, n. 345, del Comune di Monte Argentario che, nell'approvare lo schema di atto suppletivo, richiama espressamente i maggiori costi di costruzione.

La circostanza che la perizia integrativa redatta dal Rag. Leoni elencasse anche costi ulteriori rispetto a quelli relativi alla costruzione del

porto e li inserisse nel piano di ammortamento era evidentemente di per sé inconferente, nel momento in cui il provvedimento annullato chiariva che solo i maggiori costi per la costruzione del porto erano stati presi in considerazione dalla stessa Amministrazione.

Parimenti inconsistente, e addirittura temeraria, è l'affermazione che la differenza di costi sarebbe dovuta alla attualizzazione di tutti i costi al 1974, invece che al 1968.

Infatti, rapportando l'importo preventivato all'originaria durata di anni 50, si ottiene un costo di € 18.179,28 per anno di concessione: suddividendo per tale importo annuo la somma dei costi effettivamente sostenuti (come chiaramente esposti in ricorso), si può individuare una durata ipotetica della concessione di 82,47 anni, superiore quindi alla stessa durata di 80 anni come rideterminata dalla determinazione 8.5.2017, n. 345, illegittimamente annullata in autotutela.

Onde la complessiva infondatezza dell'appello.

II.

Sui motivi dichiarati assorbiti e riproposti dalla società appellata, ricorrente in I grado.

La manifesta infondatezza dell'appello del Comune non potrà che condurre al suo integrale rigetto.

Si rileva peraltro che la Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.a. ha anche riproposto in questa sede, *ex art. 101 c.p.a.*, le censure articolate con i

cinque motivi di ricorso di primo grado, nella misura in cui sono state dichiarate assorbite dal T.A.R. Toscana: alla riproposizione di tali censure, per quanto occorrer possa, questa difesa si associa integralmente, osservando rispetto ad essi, partitamente, quanto segue.

A) Sul primo motivo del ricorso introduttivo di I grado.

Con il primo motivo di ricorso la nota prot. 26.11.2018 del Comune di Monte Argentario, che ha disposto l'annullamento in autotutela dell'atto suppletivo del 25.5.2017 rep. 1810, nonché di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale, veniva censurata in quanto adottata oltre il termine decadenziale dell'art.21-*nonies* L. 7.8.1990, n. 241, e comunque oltre un termine ragionevole. In particolare era stato sostenuto con tale motivo, del tutto condivisibilmente, che il termine di diciotto mesi, decorrente dalla determinazione 8.5.2017, n. 345, era ormai spirato quando è stato adottato il provvedimento impugnato.

Sul punto, su cui verte l'unico motivo di appello, si è già ampiamente dedotto *sub* I, a cui si rimanda.

B) Sul secondo motivo del ricorso introduttivo di I grado.

Con il secondo motivo di ricorso veniva censurata l'assenza del requisito dell'illegittimità dell'atto annullato dall'Amministrazione in autotutela.

L'Amministrazione Comunale fondava, infatti, la pretesa illegittimità del provvedimento annullato sul fatto che il provvedimento annullato avrebbe

preso in considerazione, nel prevedere un nuovo termine finale della concessione, una serie di costi ulteriori rispetto al maggior costo di realizzazione dell'opera.

Anche su questo punto si rimanda a quanto già ampiamente dedotto *sub* I.

C) Sul terzo motivo del ricorso introduttivo di I grado.

Con il terzo motivo di ricorso in I grado i provvedimenti impugnati erano stati censurati dalla ricorrente e odierna appellata in quanto il Comune aveva sostanzialmente omesso di motivare in ordine alle ragioni di interesse pubblico sottese all'esercizio dell'autotutela.

Si premette che costituisce principio davvero pacifico quello secondo cui la semplice esigenza del ripristino della legalità violata non risulta di per sé sufficiente a sorreggere la motivazione di un provvedimento di annullamento in autotutela (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 4.10.2017, n. 4626), essendo necessario allegare e motivare in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento.

In questi termini, la motivazione sulla presunta esistenza dell'interesse pubblico deve considerarsi assolutamente carente, poiché essa si riduce all'affermazione che non sono state rispettate le procedure comparative e dunque alla constatazione di una presunta necessità di ripristinare la legalità. Il provvedimento impugnato non spiega invece in alcun modo come la rideterminazione della concessione possa aver nociuto all'interesse pubblico.

Altrettanto grave appare la circostanza che il provvedimento impugnato sia stato adottato senza neppure dare conto di alcun giudizio comparativo con la corrispondente lesione dell'interesse pubblico derivante dalla cessazione del rapporto con un concessionario che ha sin qui gestito il porto senza mai ricevere contestazioni dall'Amministrazione. Peraltro, deve considerarsi che con l'atto suppletivo illegittimamente annullato, la concessionaria si era anche accollata espressamente tutti i costi e gli oneri per la realizzazione delle opere previste dal Piano Regolatore portuale, la cui mancata esecuzione determinerebbe a sua volta un'evidente lesione dell'interesse pubblico.

A ciò deve aggiungersi che la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento avrebbe dovuto essere valutata tenendo conto di ulteriori elementi.

Per un verso, va qui ribadito che la maggior durata della concessione stabilita con la determinazione 8.5.2017, n. 345, non configura una proroga ma, appunto, una rideterminazione a fronte di un costo dell'opera finale diverso da quello preventivato, per cause non imputabili alla concessionaria.

Per altro verso, anche a voler considerare quella in questione come una proroga, e si è visto che così non è, la stessa sarebbe senz'altro consentita ai sensi dell'art. 10, 3° comma, D.P.R. 2.12.1997, n. 509.

Ma anche di questi elementi il Comune oggi appellante non aveva tenuto alcun conto nei suoi provvedimenti e dunque ne consegue comunque l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in I grado anche sotto questi

ulteriori profili.

D) Sul quarto motivo del ricorso introduttivo di I grado.

Con il quarto motivo di ricorso in I grado il provvedimento impugnato era stato censurato dalla ricorrente e odierna appellata in ragione del mancato bilanciamento tra il presunto interesse pubblico all'annullamento in autotutela e il legittimo affidamento del privato.

D'altra parte, occorre considerare che il principio del legittimo affidamento costituisce un principio di carattere generale, come tale valorizzato anche dall'ordinamento dell'Unione europea (v. già Corte di giustizia, 3 maggio 1978, causa 12/77, e, più di recente, 20 dicembre 2017, causa C-322/16), anche al fine di porre un limite al ritiro con effetto retroattivo di atti amministrativi asseritamente illegittimi (Corte di giustizia, 17 aprile 1997, causa C-90/95 P). È appena il caso di ricordare che analogo rilievo del principio del legittimo affidamento è riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo quando essa esamina violazioni dell'art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione (quantomeno a partire dalla sentenza del 29 novembre 1991 nel caso *Pine Valley Entertainment ed altri c. Irlanda*).

È evidente che nel caso in esame sussistevano tutti i presupposti per configurare un legittimo affidamento del privato, rispetto al quale è mancato ogni tentativo di bilanciamento nel provvedimento impugnato.

Infatti, non soltanto la durata della concessione in oggetto era stata già rideterminata fino al 18.6.2050 dall'allora competente Capitaneria di Porto, ma

il Comune aveva fornito esposte assicurazioni alla concessionaria sulla conservazione dei relativi atti dapprima con la nota prot. 30.7.2009, n. 20822, e poi, a più forte ragione, con la deliberazione del Consiglio Comunale 21.12.2009.

Si consideri inoltre che la cessazione della concessione prefigurata dal provvedimento impugnato sarebbe idonea a comportare, oltre alla perdita di tutti gli investimenti effettuati, anche la cessazione dell'attività della ricorrente, con evidente danno di tutti i soggetti coinvolti quali i soci, i lavoratori dipendenti e tutte le attività dell'indotto.

Poiché tali considerazioni, pur chiaramente espresse dalla società ricorrente nel procedimento amministrativo, non erano state tenute in alcuna considerazione dal Comune, emerge comunque evidente l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in I grado anche sotto questo profilo.

E) Sul quinto motivo del ricorso introduttivo di I grado.

Con il quinto motivo di ricorso in I grado erano stati formulati dalla società ricorrente distinti profili di censura, rilevando che la comunicazione di avvio del procedimento risultava carente del contenuto minimo previsto dalla legge; che nel provvedimento di annullamento in autotutela l'Amministrazione aveva omesso di replicare adeguatamente alle osservazioni presentate dalla concessionaria e che esso era stato adottato in violazione dell'art. 107, 3° comma, lett. f), T.U.E.L. e dell'art. 34 dello Statuto del Comune di Monte Argentario.

In primo luogo si osserva che la comunicazione di avvio del procedimento non indicava, come previsto espressamente dalla legge, né il termine entro cui il procedimento avrebbe dovuto concludersi né i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'Amministrazione. Tali carenze risultavano ancora più gravi in ragione del termine estremamente ridotto (15 giorni) imposto dall'Amministrazione alla concessionaria per presentare le sue osservazioni.

Parimenti fondata appare la censura relativa all'omissione di un adeguato riscontro delle osservazioni presentate *ex art. 10-bis L. 7.8.1990, n. 241*, non essendo ovviamente sufficiente dare atto, come si limitava a fare l'Amministrazione nel provvedimento annullato dalla sentenza di primo grado, della presentazione delle osservazioni stesse.

Analogamente evidente risulta la violazione dell'art. 107, 3° comma, lett. f), T.U.E.L. e dell'art. 34 dello Statuto del Comune di Monte Argentario, dal momento che, proprio in virtù del rispetto della funzione di indirizzo degli organi politici, è evidente che i dirigenti, che tale indirizzo devono attuare, non possono contraddire le deliberazioni degli organi suddetti, come invece ha fatto l'Ing. Luca Vecchieschi che, investito di un mandato meramente esplorativo, è giunto sino al punto di annullare l'atto suppletivo, senza neppure notiziare sul punto la Giunta Comunale.

* * *

Si richiamano per il resto tutte le difese e deduzioni svolte nei due gradi

di giudizio.

P.Q.M.

si insiste per il rigetto dell'appello proposto dal Comune di Monte Argentario, in quanto manifestamente infondato in fatto e in diritto, ovvero, in subordine, per l'accoglimento dei motivi proposti dalla società Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.a. in I grado, dichiarati assorbiti dal T.A.R. Toscana e riproposti nel presente grado dalla società appellata.

Con ogni consequenziale pronuncia, anche in ordine alle spese e ai compensi del giudizio.

Pistoia-Roma, 25 febbraio 2020

(Avv. Andrea Ghelli)

(Avv. Giacomo Biagioni)

(Avv. Francesca Pietrangeli)

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

Sez. V

R.G. n. 8456/2019

Udienza Pubblica: 02/03/2020

MEMORIA DIFENSIVA

Nell'interesse del **Dott. Giulio Pascazio** (C.F.: PSCGLI60R18A9520), rappresentato e difeso in giudizio, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avv.ti Michele Roma (C.F.: RMOMHL58M23G749L) e Simona Sainato (C.F.: SNTSMN68M65E506Y), con domicilio digitale agli indirizzi PEC micheleroma@ordineavvocatiroma.org e simonasainato@ordineavvocatiroma.org; numero di fax: 06.32120199
nel ricorso in appello R.G. n. 8456/2019 proposto

dal **Comune di Monte Argentario** (C.F. 00124360538), in persona del Sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Damiano Lipani e Francesca Sbrana, nonché dagli avv.ti prof. Angelo Clarizia ed Enrico Amante;

contro

la **Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A.** (C.F. 00098740533) (d'ora in Avanti "Marina di Cala Galera" o "Circolo Nautico") in persona del legale rappresentante *p.t.*;

e nei confronti

della **Regione Toscana** (C.F. 01386030488), in persona del Presidente della *p.t.*

nonchè

- **Nautica Cala Galera S.p.A. e Nautica Due S.p.A.**, in persona dei rispettivi legali rappresentante *p.t.*;

- di **COMITAS** (COORDINAMENTO MICROIMPRESE per la TUTELA

e lo SVILUPPO), in persona del legale rappresentante *p.t.*;

- del Sig. **Bruno De Gasperis**;
- dell'avv. **Cinzia A. Scalise**;
- del Sig. **Vincenzo Rienzi**;
- del Sig. **Ranieri Randaccio**;
- della **Sea View 4 Corporation**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;
- della **Ranalli Immobiliare S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;
- della **Immobiliare Anna Perenna S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;
- **Rodolfo Vignocchi, Edoardo Apuzzo, Francesca Todini, Alessandra Apuzzo, Rossana Vita, Leonida Raho, Francesco Saverio Carrazza, Roberta Lisi, Giorgio Cecchini Saulini, Rita Maria Fiumara, Luca Bernabei, Romeo Conti, Mauro Bolla, Paola Palladini, Enrico Daniele, Marco Prugnoli, Mario Massimo Mazzone, Elisabetta Trimani, Alberto Ludovico Peroni, Antonella Morganti, Letteria Rita Isola, Leonardo Lelli, Marco Cammilli, Gabriella Sebastiani, Sabina Giurati, Alessandra Giurati, Massimiliano Angeli, Pietro Zamorani, Franco Zamorani, Gianfranco Cantarella, Maria Paola Emmi, Francesca Orso, Fabio Alocci, Fabrizio Di Feo, Laura Anselmi, Luca Lucarini, Luciano Lucarini, Elisabetta Montesi, Leonardo Lucarini, Unielle Immobiliare S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, **Rosanna Crotti, Massimo Callegarini, Alfredo Graziani, Giuseppina Pagani, Silvia Meniconi, Riccardo Pacifici, Eb Yachts S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, **Gaia Snc di Garagnani Maria Gabriella e C.**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, **Maria Luisa Laratta,**

Andrea Pecorari, Ugo Pambianchi, Massimo Troncarelli, Stefano Picalarga, Pietro Picalarga, Teodoro Picalarga, Filippo Iacobucci, Marina Dominech, Ermanno Valentini e Marco Pusateri, Giorgio Pietrangeli, Angelos Pervanas, Alessandro Giacchetti, Patrizia Vannucci, Alfredo Ettore Mignini, Andrea Pecorari, Rita Sconocchia, Sandrelli Incorporation, in persona del legale rappresentante p.t., Giulia Caneva, Andrea Maria Beccari e Giorgio Dolcetta Capuzzo;

- Fabrizio Frezza, Gaetana Montini, Loredana Costantini, Manlio Torquato S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Roste Società Semplice, in persona del legale rappresentante p.t., Emanuele Carosi, Tonino Morelli, Mauro Morelli, Carlo Boido, Retsa Finance S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Leda Mugnai, Antonella Somigli, Elisa Merlo, Fiamma Ajello e Maya Maria Luigia Girotti;

- Lara Consulting S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento e/o la riforma, previa sospensiva

- 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 dalla Marina Cala Galera Circolo Nautico S.p.A.

* * * * *

Premesso in fatto quanto già ampiamente esposto nella memoria difensiva depositata in sede cautelare, con il presente scritto si intende riassumere brevemente quanto segue.

* * * * *

I. Il Giudice di primo grado, con puntuale motivazione, ha qualificato la Determinazione dirigenziale del Comune di Monte

Argentario prot. n.32915 del 26.11.2018 come “atto di annullamento d’ufficio”.

Tale assunto si fonda sui seguenti elementi che connotano l’atto impugnato *ex adverso*:

- il contenuto della <<comunicazione di avvio del procedimento del 7 novembre 2018, che riporta nell’oggetto il riferimento a “comunicazione avvio procedimento per l’annullamento in autotutela, ai sensi dell’art. 21-nonies della legge n. 241/90, dell’atto suppletivo del 25.05.2017 n/rep 1810 in oggetto”, evocando espressamente l’annullamento d’ufficio e facendo riferimento nel suo corpo dell’atto a profili non di opportunità ma di legittimità>>;

- il provvedimento finale, che, seppur formalmente rubricato come “revoca”, si conclude precisando che l’atto oggetto di ritiro è “illegittimo”.

Ne discende che il regime applicabile alla Determinazione n. 32915/2018 è quello di cui all’art. 21 *nonies* della L.n. 241/90 e s.m.i., il quale richiede necessariamente la compresenza di due presupposti: (i) la motivazione circa le ragioni dell’interesse pubblico che giustificano l’annullamento; (ii) il rispetto di un termine ragionevole per l’esercizio del potere di annullamento in via di autotutela, comunque non superiore a 18 mesi dall’adozione dell’atto da annullare.

Ebbene, nel caso di specie, come accertato anche dal Giudice di prime cure, il Comune odierno appellante ha adottato l’atto di annullamento d’ufficio oltre il termine massimo stabilito dalla legge.

II. Il Tar Toscana assume, inoltre, che oggetto dell’annullamento d’ufficio non può che essere la Determinazione Dirigenziale n. 345 dell’8 maggio 2017, di approvazione dello schema di atto suppletivo di

rideterminazione della durata della concessione, in quanto nella stessa si stabilisce di “*approvare un atto suppletivo di rideterminazione della durata della concessione demaniale n. 429 del 23.5.1977 Marina Cala Galera Circolo Nautico spa annullando l’art. 1 e sostituendolo con un altro che indica il termine finale del 18.6.2050*”.

E’, dunque, “*quello il momento di scelta pubblicitica, rispetto al quale la successiva stipula dell’atto suppletivo, avvenuta in data 25 maggio 2017, si pone come meramente consequenziale*”.

Da ciò ne consegue che “*Se collochiamo il dies a quo del termine per l’adozione dell’atto di autotutela all’8 maggio 2017 ed il dies ad quem al 26 novembre 2018, è palese che l’atto di annullamento d’ufficio è stato adottato quando il termine di 18 mesi, di cui all’art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, era scaduto, con ciò consumando il potere di autotutela, per ragioni di illegittimità dell’atto oggetto di annullamento, di cui l’Amministrazione è titolare.*” (così nell’ultima pagina della sentenza gravata).

La pronuncia di I grado appare, dunque, scevra da vizi logico-giuridici nonché adeguatamente motivata e tutte le censure di controparte appaiono infondate e prive di fondamento giuridico.

III. In particolare, a sostegno delle ragioni della società appellata e in linea con il *decisum* del Giudice di I grado, si ribadisce quanto segue.

Il provvedimento impugnato, sebbene rubricato come “*revoca*”, nei suoi contenuti e nella parte dispositiva dispone chiaramente **l’annullamento** d’ufficio di cui all’art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, espressamente richiamato.

Il comma 1 della suindicata norma così recita: “*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-octies, esclusi i casi di*

*cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, **sussistendone le ragioni di interesse pubblico**, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, (...), e **tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati**, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge...omissis.*"

La legge n. 241/90 - come modificata nel tempo - impone alcune condizioni per l'esercizio del potere di annullamento in sede di autotutela: **(i)** l'illegittimità del provvedimento da annullare; **(ii)** la sussistenza di ragioni di pubblico interesse; **(iii)** il bilanciamento degli interessi pubblici con quelli dei privati coinvolti, in ossequio al principio di proporzionalità; **(iv)** il rispetto di un limite temporale ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi dall'adozione del provvedimento di attribuzione di vantaggi economici ai soggetti destinatari dello stesso.

Ebbene, nel caso di specie, non sussiste alcuna delle suindicate condizioni.

La Determinazione dirigenziale n. 345/2017 e il conseguente Atto Suppletivo del 25 maggio 2017 sono, infatti, pienamente legittimi, in quanto adottati all'esito di una complessa e articolata istruttoria, nell'ambito della quale sono stati puntualmente vagliati sia gli interessi pubblici (l'adeguamento e miglioramento degli impianti e del porto, i benefici indotti sul turismo e sulla collettività locale, la continuità nella gestione del bene pubblico condotta in modo efficiente e produttiva, i vantaggi economici derivanti dalla prosecuzione del rapporto con il concessionario, che, in caso di interruzione del contratto, vanterebbe diritti risarcitori, anche in compensazione con

gli investimenti già effettuati, ecc.) sia gli interessi privati (in termini di legittimo affidamento ma anche di diritti correlati ai costi sostenuti rispetto all'utilizzazione del bene per il tempo necessario ad ammortizzarli e alla perdita degli introiti preventivati nel *business plan* nell'ipotesi di interruzione anticipata del rapporto concessorio, diritto all'utilizzazione del ecc.).

Al contrario, il provvedimento impugnato non appare adeguatamente istruito nè sufficientemente motivato, non ha tenuto conto delle osservazioni del privato in sede di procedimento partecipativo ed è stato adottato ben oltre un ragionevole lasso di tempo, rispetto non solo alla Determinazione n. 345/2017 ma anche e soprattutto a tutti gli atti ad essa precedenti e, in parte, presupposti, di segno positivo per il Circolo Nautico, che hanno anticipato il contenuto favorevole del provvedimento finale, ingenerando un'aspettativa più che fondata in capo alla società e agli stessi suoi soci (tanto vero è che alcuni tra questi hanno acquistato le quote societarie proprio in ragione del prospettato prolungamento della durata della concessione).

Nella fattispecie in esame, dunque, il Comune non ha motivato la propria decisione né ha tenuto conto del lungo lasso di tempo già trascorso ed ha agito in modo contraddittorio, irragionevole e incoerente rispetto agli atti precedentemente assunti. Sotto tali profili, il provvedimento impugnato è palesemente viziato per eccesso di potere (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II n. 7628/2018; T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I Sent., 27/10/2017, n. 957; TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 4193/2016; TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 1658/2016).

IV. Come già evidenziato, la Determinazione n. 32915/2018 è intervenuta oltre il termine massimo di 18 mesi prescritto dalla legge.

Sul punto, la giurisprudenza ha più volte ribadito che il termine di diciotto mesi costituisce un limite massimo per l'esercizio dell'autotutela, decorso il quale l'atto di ritiro è da considerare illegittimo, con il conseguente venir meno del potere in capo all'amministrazione (T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, Sent., 16/01/2019, n. 21; TAR Sicilia, Palermo, n. 2105/2018; TAR Puglia Bari, n. 351/2016; Cons. Stato, Comm. Spec., parere prot. n. 433/2016).

Nello stesso senso, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di annullamento in autotutela adottato dopo che siano trascorsi oltre diciotto mesi dall'adozione dell'atto da ritirare e senza che emerga che il vizio di legittimità dello stesso costituisca la risultante di una falsità dei presupposti, dolosamente perpetrata dal privato (T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 28/01/2019, n. 199).

V. In sede comunitaria la Corte di Giustizia ha affermato che: *“... anche nell'ordinamento comunitario, la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo.”*

Secondo la Corte di Giustizia, *“la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il privato ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto”* (Corte Giust. CE 26 febbraio 1987 - C 15/85).

Ed ancora.

Non può essere considerata causa di inapplicabilità dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/90 il richiamo a presunte disposizioni di

derivazione comunitaria, peraltro non pertinenti al caso in esame.

Come precisato dalla giurisprudenza, *“l'art.21-nonies della l. n. 241 del 1990 ha indicato quali presupposti per l'annullamento d'ufficio, oltre all'accertamento dell'originaria illegittimità dell'atto, la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, il decorso di un termine ragionevole (e quindi non eccessivamente lungo) e la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Detti presupposti non vengono derogati quando il vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario”* (TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 2345/2016).

In tal senso, anche il Giudice di I grado, che nella sentenza appellata, con riferimento al regime giuridico di cui all'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, ha così precisato: *“<<Regime giuridico che ha una valenza generale per gli atti di autotutela e che non può essere derogato neppure a fronte di illegittimità dell'atto da ritirare che, in ipotesi, affondino le loro radici nel diritto dell'Unione europea, giacché, come recentemente chiarito dalla sentenza della terza Sezione di questo Tribunale amministrativo n. 156 del 2018, “la giurisprudenza assolutamente prevalente, dalla quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, ha da tempo chiarito che la disciplina del potere di autotutela dettata dall'art. 21 nonies non è derogata quando il vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21/04/2010, n. 553; T.A.R. Catania, sez. IV 03 ottobre 2016 n. 2345; T.A.R. Bologna sez. II 23 dicembre 2014 n. 1295)”. In termini anche Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831.>>*

VI. L'avvio del procedimento di annullamento non ha alcuna rilevanza ai fini del decorso del termine di legge, in quanto l'art. 21

nonies dispone che l'atto di ritiro deve essere adottato entro, complessivi, 18 mesi.

L'avvio del procedimento non ha alcuna valenza interruttiva, nè potrebbe essere altrimenti, tenuto conto della natura di atto endoprocedimentale della comunicazione *de qua*, incapace di incidere sulle posizioni giuridiche dei destinatari (sul punto, Cons. di Stato, Comm. Spec., parere 30/03/2016, n. 839; TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 351/2016).

VII. In merito all'illegittimità dell'atto di annullamento oggetto di giudizio, con particolare riferimento alle figure sintomatiche dell'insufficiente motivazione, del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti, si ribadisce quanto segue.

Si rinvia, innanzitutto, alla documentazione depositata in atti dalla società appellata a comprova dei costi effettivamente sostenuti (pari a quasi il 71% in più rispetto a quelli iniziali) e della ragionevolezza del prolungamento della durata della concessione.

Nei rapporti concessori vale, infatti, il principio della necessità del riequilibrio economico-finanziario, che viene assicurato, appunto, calibrando la durata del rapporto, al fine di consentire al concessionario il recupero degli investimenti; a maggior ragione, qualora siano richieste al privato prestazioni superiori a quelle originariamente previste.

In tal senso, l'art. 168 (Durata delle concessioni) del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. stabilisce che *“1. La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della*

stessa.

2. *Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. **Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.***”

E' evidente, pertanto, che l'interruzione del rapporto concessorio prima che il privato riesca a conseguire un'utilità economica altera il *business plan*, arrecando grave pregiudizio a tutti gli investitori, pubblici e privati, a vario titolo coinvolti nell'operazione (il cui valore complessivo supera i 21 milioni di euro).

E' anche per tale ragione che il provvedimento di annullamento deve essere congruamente motivato, incidendo su un interesse che era stato ritenuto meritevole di tutela al momento del rilascio della concessione (in tal senso, Cons. di Stato, Sez. V, 03/04/2018, n. 2072). Tuttavia così non è avvenuto nel caso in esame.

VIII. Si è già detto dell'illegittimità del provvedimento impugnato sotto il profilo sia della carenza di istruttoria sia dell'assoluto difetto di motivazione, in ordine a tutte le condizioni richieste dalla normativa per l'annullamento degli atti in sede di autotutela.

Per quanto riguarda, nel caso di specie, l'insussistenza di interessi pubblici concreti, si rinvia al costante orientamento della giurisprudenza secondo il quale la pubblica amministrazione non può

giustificare il ritiro dell'atto invocando meramente il "ripristino della legalità", bensì è tenuta ad un onere motivazionale "aggravato", che, oltre a dimostrare la violazione di tale "legalità", indicando le ragioni della possibile contrarietà alla legge, comprovi anche l'esistenza di un interesse pubblico effettivo alla rimozione dell'atto, non tralasciando di esaminare le posizioni dei privati che si sono *medio tempore* consolidate, nel rispetto dei principi di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa (Cons. di Stato, sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 4626; Cons. di Stato, sez. V, n. 4902/2014; T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, Sent. 16/01/2019, n. 21; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 28 agosto 2018, n. 5276; TAR Liguria, Genova, sez. I, n. 687/2017; TAR Lazio, Latina, sez. I, n. 594/2017).

Ne deriva che, ai fini dell'adozione dell'atto di autotutela, deve emergere un interesse pubblico concreto, prevalente rispetto a quello del privato sacrificato, debitamente motivato (Cons. di Stato, sez. VI, n. 341/2017; n. 3462/2017; 31/08/2016, n. 3762; 28/06/2016 n. 2842; 30/09/2015 n. 4552; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 3004/2018; T.A.R. Umbria, 6/12/2018, n. 656; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 5366/2017).

Anche sotto tali profili il provvedimento impugnato appare del tutto viziato.

IX. Contrariamente a quanto affermato dal Comune di Monte Argentario nel proprio atto di appello, l'Amministrazione comunale, come più volte evidenziato, non ha affatto tenuto conto degli interessi privati coinvolti nel procedimento *de quo* né ha proceduto ad una valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati, in parte anche coincidenti.

Non vi è stato alcun travisamento dei fatti da parte della Marina di

Cala Galera. Al contrario, è l'ente locale che tenta una ricostruzione strumentale della vicenda per giustificare la propria condotta illegittima.

In particolare, il provvedimento di annullamento d'ufficio non considera in alcun modo l'affidamento ingenerato nei soggetti privati nè gli effetti pregiudizievoli sui soci destinatari in concreto della concessione demaniale, in quanto fruitori dei posti barca e dei relativi servizi ad essi connessi.

Sul punto, la Giurisprudenza ha avuto modo recentemente di precisare che *“l'autotutela deve essere il risultato di un'attività istruttoria adeguata che dia conto della valutazione dell'interesse pubblico e di quello privato che ha riposto affidamento nella conservazione dell'atto”* (TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 1291/2018; conforme, T.A.R. Toscana Firenze, Sez. III, 24/06/2016, n. 1058; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3154/2017).

Il provvedimento impugnato, violando il principio di tutela del legittimo affidamento, si pone in aperto contrasto anche con i canoni fondamentali cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, tra i quali, quelli di buona fede e correttezza e il principio di proporzionalità.

La Corte di Giustizia ha precisato che l'art. 12 par. 3 della Direttiva Servizi 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, quali, in particolare, la necessità di tutelare il legittimo affidamento dei titolari delle autorizzazioni (che per il diritto europeo non si distinguono dalle concessioni), di modo che essi possano ammortizzare gli investimenti effettuati (CGCE cause riunite C-458/14 e C-67/15).

X. Nella comparazione degli interessi coinvolti il Comune non ha affatto tenuto conto che, proprio confidando nella stabilità e nella durata della concessione, non solo i soci/azionisti della Marina di Cala Galera si sono fatti carico di ingenti investimenti, ma anche nuovi soggetti “esterni” sono stati attirati dalla possibilità di investire nel porto turistico, con evidenti favorevoli benefici per tutta la collettività locale.

Il prolungamento della concessione, pertanto, persegue gli interessi pubblici della comunità, fungendo il porto da leva per lo sviluppo economico di una vasta porzione di territorio.

Per tale ragione la precedente Amministrazione comunale aveva ritenuto ragionevole prolungare di altri trenta anni la durata del titolo - inizialmente fissata nel 2020 -, chiedendo ulteriori investimenti e impegni economici alla concessionaria e alle altre due società gestori (tra questi, **(i)** nel secondo semestre del 2017, la realizzazione di una struttura per il rimessaggio e manutenzione di circa 2.000 mq su un lotto di proprietà del cantiere di circa 5.000 mq. per l'erogazione di servizi di rimessaggio e manutenzione, per un costo complessivo delle opere di € 1.511.991,52; **(ii)** l'adeguamento tecnico funzionale (ATF) della vasca Travel Lift all'interno della concessione del Marina Cala Galera - per il quale è stato già ottenuto l'esito favorevole della Conferenza di Servizi recepito nella Determinazione n. 591/2018 del Comune di Monte Argentario -, che consentirebbe l'ampliamento della struttura di alaggio e varo consentendo la movimentazione di imbarcazioni di lunghezza fino a 50/55 mt., il cui costo stimato è pari ad € 2.596.000,00).

In virtù e grazie al rilevante investimento economico operato dal Circolo Nautico e dalle altre due società che gestiscono le attività

secondarie (si pensi che il costo dei lavori stimato inizialmente in euro 908.965,00 – all'epoca 1.760.003.408 di lire – è risultato superiore quasi del 71%, essendo stato effettivamente pari a euro 1.549,371,00), l'intero territorio è stato riqualificato, con evidenti benefici sia per l'occupazione sia per l'economia locale.

La Marina di Cala Galera, potendo ospitare imbarcazioni fino a 40 mt. di lunghezza, è divenuta uno dei porti più attrezzati e attrattivi della costa centrale Tirrenica, favorendo tra l'altro il turismo.

La ricontrattazione della durata della concessione si è resa chiaramente necessaria al fine di consentire alla società un ritorno in termini economici, al fine di poter rientrare dei notevoli costi sostenuti.

E difatti, già nel 2008, con Atto Suppletivo n. 468, la Capitaneria di Porto di Livorno, su autorizzazione del Ministero dei Trasporti, aveva rideterminato il termine di durata della concessione demaniale al 18 giugno 2050, aggiornando il relativo canone, e rimettendo poi gli atti al Comune di Monte Argentario per gli adempimenti di competenza.

Anche l'interesse dei soci del Circolo Nautico, nonché proprietari dei posti barca, tra i quali anche il dott. Giulio Pascazio, è evidente.

I soci (oltre 700), infatti, provvedono a versare i corrispettivi per i servizi prestati nel porto e i contributi relativi alle opere di ammodernamento della struttura e i costi sostenuti sino ad oggi sono ingenti, incluso il prezzo di acquisto delle partecipazioni sociali.

VI è, quindi, una legittima aspettativa al prolungamento della concessione, visti i rilevanti impegni economici assunti dai privati.

XI. La Determinazione impugnata dalla società appellata è viziata, infine, sotto il profilo formale e procedimentale, non avendo l'Amministrazione valutato e controdedotto alle puntuali osservazioni

presentate dal Circolo Nautico a seguito dell'avvio del procedimento di annullamento.

Il Dirigente comunale che ha adottato l'atto ha agito violando i limiti imposti dall'art. 107, comma 3, lett. f) del TUEL e dall'art. 34 dello Statuto del Comune.

Peraltro, nel caso di provvedimenti di secondo grado, adottati all'esito di un procedimento di riesame e di una rinnovata valutazione, l'atto deve essere assunto dal medesimo organo che ha adottato il provvedimento originario, poiché gli atti di annullamento in autotutela soggiacciono al principio del *contrarius actus* (T.A.R. Veneto Venezia, Sez. II, 02/10/2018, n. 918).

Ebbene, nel caso di specie, la decisione di concedere l'Atto Suppletivo è stata assunta dalla Giunta Comunale con Delibera n. 68 del 3 maggio 2017 e, pertanto, anche la valutazione in merito all'annullamento di tale Atto si sarebbe dovuta sottoporre alla stessa Giunta. Ma ciò non è avvenuto.

Relativamente a tali vizi, si rinvia alle censure articolate nel ricorso introduttivo del giudizio di I grado, alle quali si aderisce pienamente.

Per tutte le ragioni sopra esposte, l'appello proposto dal Comune di Monte Argentario avverso la sentenza del Tar Toscana, Firenze, sez. II, n. 1060/2019 è del tutto infondato e merita, dunque, di essere respinto.

* * * * *

Tutto ciò premesso in fatto e in diritto, il Dott. Giulio Pascazio, come sopra rappresentato e difeso nonché domiciliato, rassegna allo stato le seguenti

Conclusioni

Voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito, *contrariis rejectis*,

respingere integralmente l'appello proposto dal Comune di Monte Argentario e, per l'effetto, confermare pienamente la sentenza del Tar Toscana, Firenze, sez. II, n. 1060/2019.

Con vittoria di spese e competenze di lite, oltre Iva e Cpa come per legge.

Roma, 28 febbraio 2020

Avv. Michele Roma

Avv. Simona Sainato