

**COMMERCIO: Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza 29 dicembre 2023, n. 11367.**

- 1. -Giustizia Amministrativa -Ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Criterio della “*vicinitas commerciale*” -Rilevanza.**
- 2. -Giustizia Amministrativa -Legittimazione ed interesse al ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Criterio della “*vicinitas commerciale*” non comprova ex se anche l’interesse al ricorso -Prova dello “specifico pregiudizio derivante dall’atto impugnato” -Necessità.**
- 3. -Giustizia Amministrativa -Ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Concetto di “*vicinitas commerciale*” -Individuazione.**
- 4. -Giustizia Amministrativa -Ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Interesse azionabile in termini di “*vicinitas commerciale*” -Motivi di carattere edilizio -Irrilevanza/Inammissibilità.**
- 5. -Giustizia Amministrativa -Ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Interesse azionabile in termini di “*vicinitas commerciale*” -Tutela di interessi concernenti “*la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell’ambiente, ivi incluso l’ambiente urbano, e dei beni culturali*” ex art. 31 d.l. 201/2011 - Rilevanza -Interesse di mero fatto a limitare la concorrenza a salvaguardia di una propria posizione già acquisita -Irrilevanza.**
- 6. -Giustizia Amministrativa -Ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Interesse azionabile in termini di “*vicinitas commerciale*” -Concetto di bacino di utenza -Individuazione e rilevanza.**
- 7. -Giustizia Amministrativa -Ricorso -Impugnazione autorizzazione commerciale rilasciata ad altro imprenditore -Interesse azionabile in termini di “*vicinitas commerciale*” -Prova del pregiudizio derivante dall’insediamento della nuova impresa -Necessità.**

1. La questione concernente la possibilità per un imprenditore di impugnare l’autorizzazione commerciale, ovvero un titolo abilitativo ampiamente inteso, rilasciata ad altro imprenditore in concorrenza per svolgere l’attività di questi è tradizionalmente affrontata dalla giurisprudenza di questo Consiglio con il richiamo al noto criterio della “*vicinitas commerciale*”: fra le molte, C.d.S. sez. IV 5 settembre 2022 n.7704, fra le più recenti, ma già sez. IV 26 novembre 2004 n.7447.

2. La legittimazione e l’interesse sono presupposti di trattabilità del ricorso nel merito autonomi e distinti fra loro, ognuno dei quali va allegato e provato; in particolare non si può affermare che “*il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell’interesse al ricorso*”, interesse che va inteso e provato come “*specifico pregiudizio derivante dall’atto impugnato*”, distinto quindi da un mero interesse di fatto al rispetto della legalità.

3. Il concetto di *vicinitas commerciale* è definito in generale dalla giurisprudenza come la posizione dei soggetti i quali “*agendo come imprenditori nel medesimo settore, attingono al medesimo bacino di utenza e risentono, pertanto, di un effettivo danno al loro volume d'affari, in caso di apertura di una nuova impresa commerciale illegittimamente autorizzata*”; così la costante giurisprudenza, fra le molte C.d.S. sez. IV 28 giugno 2022 n.5353.

4. La giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che l’interesse azionabile in termini di *vicinitas commerciale* è appunto un interesse di tipo commerciale; ha quindi ritenuto che dedurre a questo titolo motivi di carattere edilizio – ove beninteso non vi siano gli autonomi presupposti della *vicinitas edilizia*- rappresenti “*un uso strumentale della tutela accordata ai soggetti terzi, in materia di provvedimenti di natura urbanistico-edilizia, a tutela di un interesse di fatto, finalizzato*

*ad ostacolare la realizzazione di uno stabilimento concorrente*”: così C.d.S. sez. VI 2 marzo 2016 n.1156. La giurisprudenza ha ancora ritenuto in via generale, pur senza richiamare in modo esplicito l’art. 31 d.l. 201/2011, che *“la legittimazione al ricorso non può di certo configurarsi allorquando l’instaurazione del giudizio appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto o contra ius, siccome volti nella sostanza a contrastare la libera concorrenza e la libertà di stabilimento”*: così sez. IV 29 marzo 2018 n.1977.

5. Ad avviso del Collegio, questa linea interpretativa va sviluppata, nel senso che dall’art. 31 d.l. 201/2011 si debba ricavare un limite agli interessi che sulla base della semplice *vicinitas* commerciale si possono far valere, e limitare quindi il ricorso alla tutela di interessi concernenti *“la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell’ambiente, ivi incluso l’ambiente urbano, e dei beni culturali”*, ciò è a dire degli unici interessi per i quali la pubblica autorità può limitare o escludere l’insediamento di esercizi commerciali. Ammettere il ricorso a tutela di interessi di tipo diverso, infatti, andrebbe a servire un interesse di mero fatto a limitare la concorrenza a salvaguardia di una propria posizione già acquisita.

6. Il concetto di bacino di utenza è stato definito come *“l’area in cui si dispiega l’influenza economica del concorrente ed è quindi idonea a incidere sulle posizioni di mercato del controinteressato”*.

La giurisprudenza più recente, in particolare la già citata sentenza 5353/2022 della Sezione, ha allora chiarito che il bacino di utenza è un concetto scientifico, e coincide con *“l’area raggiungibile a partire da un punto prefissato su una cartina, il cosiddetto “baricentro”, seguendo gli assi stradali. L’individuazione del “bacino di utenza” implica, quindi, l’applicazione di criteri specialistici e metodi di calcolo non surrogabili attraverso la comune esperienza o la scienza privata del Giudice”*, né tantomeno surrogabili con le semplici allegazioni di una parte, che la controparte contesti. La sentenza 5353/2022 ha quindi ritenuto che *“per poter fornire la prova della c.d. vicinitas commerciale e, conseguentemente, della legittimazione a ricorrere, si palesa del tutto insufficiente la mera affermazione di parte della sussistenza di un comune “bacino d’utenza” fra la struttura commerciale erigenda e quella che agisce in giudizio a tutela del suo interesse commerciale (id est, la libera iniziativa economica) asseritamente lesa”*.

7. La prova del pregiudizio derivante dall’insediamento della nuova impresa che si vuol contestare deve esser data in modo rigoroso, senza che esso si possa presumere, e che si debba trattare di un pregiudizio significativo: per un esempio in proposito vedasi C.d.S. sez. IV 5 settembre 2022 n.7704, in particolare al § 10.2.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova, della Regione Liguria, dell’Autorità e della Esselunga S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il Cons. Francesco Gambato Spisani e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Si controverte dell’iniziativa giudiziaria della ricorrente appellante, nota impresa del settore della grande distribuzione, intesa a contrastare, con l’impugnazione di tutti gli atti relativi, l’insediamento

da parte della controinteressata appellata, anch'essa nota impresa del settore, di una grande struttura di vendita di generi alimentari a Genova, nella zona nota come Promontorio di San Benigno.

2. Storicamente, la zona prende il nome dal colle di San Benigno, un crinale che nel passato separava il Comune di Genova da quello di Sampierdarena e che nel corso dei secoli è scomparso, per effetto di successivi sbancamenti, lasciando come unico residuo oggi esistente la sua parte estrema verso il mare, ovvero il rilievo sul quale sorge la Lanterna, come è noto monumento simbolo della città.

3. La zona è di particolare interesse urbanistico, dato che si trova nell'attuale centro della città ed è stata oggetto di numerosi interventi di sistemazione, anche con lo strumento di leggi speciali, in particolare con il R.D.L. 6 febbraio 1927 n.321, attuativo del cd "progetto Albertazzi", che abolì la municipalità di Sampierdarena per costruire la "grande Genova", ovvero l'ampia zona portuale che esiste ancor oggi (fatti da considerare localmente notori).

4. Ai fini di causa, rileva una parte determinata del Promontorio di San Benigno, quella compresa fra la via di Francia, l'Elicoidale, ovvero la rampa stradale di questa forma che costituisce lo svincolo fra l'autostrada A10 e l'autostrada A7 in direzione Milano, il varco di San Benigno e la via Milano. È infatti a questa zona che si riferisce l'atto a monte di tutta la vicenda, ovvero il protocollo di intesa 27 maggio 1999, concluso fra l'Autorità portuale di Genova, cui è succeduta l'Autorità attuale intimata appellata, e la società ricorrente.

5. I contenuti rilevanti di questo protocollo si riassumono così come segue (all. 11 in I grado ricorrente appellante).

5.1 Nelle premesse il protocollo ricorda anzitutto la situazione del Promontorio di San Benigno appena ricordata e dà atto che in una zona confinante, il terminal traghetti di Calata Chiappella, è in costruzione *"un fabbricato destinato a ospitare la nuova stazione traghetti e funzioni correlate e connesse, ivi comprese attività commerciali per la distribuzione di merci al dettaglio"*.

5.2 Ciò posto, il protocollo ricorda la variante al p.r.g.- piano regolatore generale del Comune di Genova allora vigente, approvata con delibera consiliare 16 luglio 1997 n.74, la quale prevedeva che nei relativi ambiti fossero insediabili *"oltre alle funzioni portuali... anche funzioni commerciali ed altre funzioni urbane... con l'obiettivo di favorire il completamento della sistemazione dell'ambito del Promontorio di San Benigno e di separare le funzioni portuali da quelle urbane"*.

5.3 Nel contesto, l'Autorità dichiara quindi il proprio interesse a *"corredare la nuova stazione traghetti con funzioni commerciali destinate non solo ai passeggeri in transito, ma anche ai cittadini, per assicurare la vitalizzazione della stazione medesima"*. Di contro quindi la ricorrente appellante si dichiara disponibile a trasferire all'interno della nuova stazione un proprio punto vendita già esistente, denominato Centro Acquisti Negro, *"a condizione che non siano consentite*

*nella zona nuove attività di distribuzione al dettaglio di generi alimentari” nei termini precisati più oltre nel testo.*

5.4 Il protocollo traduce infatti questa condizione nel proprio art. 3, per cui: *“Nel contesto della pianificazione portuale menzionata in premesse, l’Autorità Portuale manifesta l’intendimento e si impegna, in accordo con la disciplina legislativa e con la pianificazione di settore, nonché con le determinazioni adottate dal Comune di Genova nel quadro della procedura svolta ai sensi dell’art. 3 del D.P.R. n. 383/94, per l’approvazione della variante al progetto della nuova stazione traghetti, a non prevedere, per quanto di sua competenza, l’insediamento, nell’ambito della zona del “Promontorio di San Benigno”, di attività commerciali per la distribuzione al dettaglio di generi alimentari, per superfici superiori, per singolo esercizio, a 250 mq., e ciò con riferimento a tutte le aree contornate in colore rosso nella planimetria che si allega al presente protocollo d’intesa sotto la lettera A (comma 1). Tale indirizzo pianificatorio sarà coerentemente attuato dall’Autorità Portuale, inserendo idonee, omogenee previsioni nel Piano Regolatore Portuale e, per quanto di sua competenza, negli strumenti urbanistici e nelle varianti agli strumenti urbanistici vigenti, che saranno approvati con il suo concorso per ridefinire l’assetto pianificatorio dell’ambito del “Promontorio di San Benigno” (comma 2). I vincoli funzionali, limitativi delle destinazioni commerciali, che conseguiranno all’avvenuta approvazione dei suddetti strumenti urbanistici, interesseranno sia le aree che rimarranno nella disponibilità dell’Autorità Portuale — compresa quella attualmente sede del Centro Acquisti Negro — sia le aree che potranno essere cedute da tale Autorità in proprietà od in uso a terzi, con l’obbligo, in tale ultimo caso, della trascrizione del relativo vincolo presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari, con particolare riferimento all’area ricompresa fra Via di Francia, Via Milano e Via Albertazzi (comma 3)”.*

6. In accordo con questo protocollo di intesa, l’Autorità, avvalendosi della disposizione di cui all’art. 6 della l.r. Liguria 10 settembre 1996 n.39 – che a stretto rigore ha un oggetto diverso, ovvero la costituzione di una società pubblica per il rilancio dell’area e l’approvazione degli interventi conseguenti- ha presentato con proprie note 17 dicembre 2001 n.3725 e 22 febbraio 2002 n.568, una proposta di schema di assetto urbanistico – SAU, che è stata approvata con deliberazione del Consiglio comunale di Genova 27 febbraio 2002 n.25, con gli effetti sostanziali di un piano attuativo dell’area di cui si tratta da realizzare mediante convenzione. Per quanto qui interessa, nella relativa bozza di convenzione, si prevede che fra le *“funzioni insediabili”* vi sia una *“media struttura di vendita di generi non alimentari, per una superficie lorda abitativa pari a 3.165 mq”*, con esclusione quindi delle strutture di vendita di generi alimentari (all. 12 in I grado ricorrente appellante, § 5.2 della bozza di convenzione, p. 27 del file relativo).

7. Questa previsione è sostanzialmente recepita, con il solo aumento della superficie consentita dal successivo piano urbanistico comunale- PUC del Comune di Genova, approvato con deliberazione consiliare 30 luglio 2015 n.42, che per la parte di interesse, ovvero al punto 27 delle norme speciali, dispone: *“Il Piano recepisce la disciplina urbanistica con le indicazioni e precisazioni di cui allo Schema di Assetto Urbanistico "Promontorio" (SAU), approvato con deliberazione di Consiglio Comunale n. 25/2002. Ferme restando le dimensioni massime complessive già stabilite dallo SAU, espresse con il parametro urbanistico Superficie Lorda Abitabile (SLA), nel lotto 1.1.1 è consentito l'inserimento di una Grande Struttura di Vendita di generi non alimentari con una SLA massima di 6.200 mq e Superficie Netta di Vendita massima di 5.000 mq, ...”* e ciò previa modifica della convenzione urbanistica a suo tempo stipulata con il soggetto attuatore del SAU, certa società Il Promontorio S.c.a r.l. estranea come tale a questo giudizio (all. 27 in I grado ricorrente appellante).

8. Posto l'assetto urbanistico così definito, la società controinteressata appellata, la quale aveva nel frattempo acquistato i terreni necessari all'interno del SAU, ha presentato al Comune l'istanza 8 agosto 2020 prot. n.234371 (all. 20 in I grado ricorrente appellante) per l'esame istruttorio preliminare all'attivazione di un procedimento unico ai sensi dell'art. 10 della l.r. 5 aprile 2012 n.10, procedimento nella specie finalizzato ad attivare nella zona una grande struttura di vendita di generi alimentari, appunto il supermercato per cui ora è causa, precisando nell'istanza stessa che il progetto per essere approvato avrebbe comportato una modifica agli atti di pianificazione urbanistica vigenti.

9. Su quest'istanza, il Comune ha quindi espresso la valutazione preliminare di cui alla nota 23 dicembre 2020, osservando appunto, in linea con quanto dichiarato dalla società, che *“l'ammissibilità dell'intervento proposto... risulta subordinata all'esito favorevole del necessario procedimento di modifica al PUC, in quanto l'istanza richiede il superamento dell'attuale limitazione al solo settore merceologico non alimentare, prevedendo altresì l'inserimento anche della categoria merceologica alimentare”* (all. 21 in I grado ricorrente appellante).

10. Di seguito, la controinteressata appellata ha quindi presentato l'istanza 18 gennaio 2021 (all. 22 in I grado ricorrente appellante), intesa a realizzare questo progetto. In dettaglio, con quest'istanza ha chiesto anzitutto *“l'aggiornamento della norma speciale 27 di PUC relativa al “Promontorio di San Benigno”, nel senso che la struttura di vendita ivi insediabile potesse essere anche una grande struttura di vendita di generi alimentari, con le dimensioni già citate, ovvero SLA massima di 6.200 mq e Superficie Netta di Vendita massima di 5.000 mq. Con la stessa istanza ha chiesto poi “il completamento dell'iter di approvazione del progetto edilizio allegato con contestuale rilascio dell'autorizzazione commerciale per l'esercizio dell'attività”*. Per maggior chiarezza, va precisato che il progetto si compone propriamente di due edifici, localizzati su due lotti vicini, ma distinti: sul

lotto indicato come 1.1.1. è localizzata la grande struttura di vendita vera e propria, con i relativi parcheggi pertinenziali; sul lotto indicato come 2.1. sono localizzati un ulteriore edificio a destinazione produttivo artigianale, con SLA di 5330 mq, ed un'autorimessa a servizio del supermercato (all. 22 in I grado ricorrente appellante, cit. p.2).

11. Il Comune con deliberazioni del Consiglio 23 febbraio 2021 n.15 e 13 aprile 2021 n.34 ha rispettivamente assentito in via preliminare ed approvato la modifica al PUC di cui si è detto (doc. 19 in I grado Comune, delibera 34/2021, ove è citata la precedente); con deliberazione di Giunta 13 maggio 2021 n.136 ha poi approvato lo schema di convenzione da stipulare con la controinteressata appellata per realizzare l'intervento (all. 62 in I grado ricorrente appellante).

12. Sempre il Comune ha convocato la conferenza di servizi prevista per decidere sull'istanza di rilascio del provvedimento autorizzatorio dell'attività, conferenza di servizi che segue il noto modello del SUAP – sportello unico attività produttive; nell'ambito di questa conferenza, ha acquisito il parere favorevole dell'Autorità portuale, contenuto in una nota 26 aprile 2021 prot. n.12726, e l'autorizzazione paesaggistica 27 aprile 2021 n.136; ha poi dato atto che *“si è conclusa positivamente l'istruttoria urbanistico edilizia e commerciale sul progetto... con l'acquisizione dei pareri favorevoli di tutti gli enti coinvolti”* e quindi ha espresso parere favorevole al rilascio delle autorizzazioni urbanistico edilizia e commerciale *“con gli effetti condizionati alla ripermimetrazione del CIV Fronte del Porto- San Teodoro”* (all. 49 in I grado ricorrente appellante, verbale finale conferenza di servizi 27 aprile 2021, ove è citata la nota dell'Autorità; all. 50 in I grado ricorrente appellante, autorizzazione paesaggistica citata).

13. Così come si precisa per completezza, CIV è la sigla di Centro Integrato di Via, un consorzio che raggruppa le imprese commerciali operanti all'interno di una data zona, preventivamente delimitata, previsto dall'art. 122 della l.r. Liguria 2 gennaio 2007 n.1; ai sensi dell'art. 26 comma 3 *quater* della stessa l.r. 1/2007, all'interno delle aree CIV non è consentito localizzare le grandi strutture di vendita.

14. Sulla base dell'esito della conferenza di servizi di cui si è detto, il Comune ha quindi provveduto a concludere la convenzione attuativa 31 maggio 2021 rep. n.54195 (citata a p. 11 dell'all. 47 in I grado ricorrente appellante) e ad adottare i provvedimenti richiesti per realizzare l'intervento, nell'ordine cronologico che segue.

14.1 Con la deliberazione della Giunta 20 maggio 2021 n.137, il Comune ha provveduto a ripermimetrare il CIV Fronte del Porto- San Teodoro in modo da escluderne il Promontorio di San Benigno, e quindi da superare il divieto di insediare nella zona le grandi strutture di vendita (all. 51 in I grado ricorrente appellante).

14.2 Con la determinazione 1 giugno 2021 n.75, il Comune ha poi rilasciato alla controinteressata appellata l'autorizzazione a sciogliere due posti auto dal vincolo di pertinenzialità a favore di un edificio esistente, per poterli utilizzare a servizio della nuova struttura (all. 52 in I grado ricorrente appellante).

14.3 Con la determinazione 2 luglio 2021 n.30, il Comune ha ancora approvato lo schema del contratto di cessione alla controinteressata appellata di un certo numero di diritti edificatori su terreni di proprietà comunale, diritti necessari a realizzare l'intervento nel rispetto dei parametri urbanistici previsti (all. 53 in I grado ricorrente appellante).

14.4 Il Comune ha poi adottato la determinazione 6 luglio 2021 prot. n.24015, che è l'autorizzazione commerciale, condizionata in modo espresso alla realizzazione di un certo numero di posti auto (all. 48 in I grado ricorrente appellante).

14.5 Il Comune ha infine adottato la determinazione 7 luglio 2021 n.95, che determina la conclusione positiva della conferenza "indetta per l'approvazione del progetto presentato dalla Società Esselunga Spa, rubricato al n. SU 20/21, inerente gli interventi previsti a completamento dello SAU del Promontorio di San Benigno, consistenti in un nuovo edificio a destinazione commerciale da destinarsi a G.S.V e in un nuovo edificio a destinazione produttiva e parcheggi pubblici e privati, da insediarsi rispettivamente sui lotti 1.1.1 e 2.1 dello SAU stesso", dando atto che questa determinazione *"sostituisce ad ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni e servizi pubblici interessati"* (all. 47 in I grado ricorrente appellante).

15. La ricorrente appellante si è opposta all'iniziativa, impugnando in sequenza avanti il Giudice amministrativo di I grado tutti gli atti ad essa pertinenti.

15.1 In particolare, con il ricorso T.a.r. Liguria n. 131/2021 R.G. la società ha impugnato la nota dell'Autorità portuale 26 aprile 2021 prot. n.12726 favorevole all'intervento, di cui si è detto, e tutti gli altri atti con i quali l'Autorità stessa si è espressa a favore ovvero ha ritenuto di non riscontrare le diffide della ricorrente stessa, diffide che le contestavano un preteso inadempimento al protocollo 27 maggio 1999; ha contestualmente chiesto che questo inadempimento venisse accertato in giudizio.

15.2 La stessa società con il ricorso T.a.r. Liguria n.274/2021 R.G. ha poi impugnato i provvedimenti autorizzatori di cui si è detto e tutti gli altri atti e provvedimenti indicati in epigrafe, qualificati come presupposti ovvero prodromici ai primi.

16. Il T.a.r. con la sentenza sez. II, 28 dicembre 2021 n. 1120, ha dichiarato inammissibili le domande di annullamento degli atti impugnati ed ha respinto la domanda di accertamento dell'inadempimento al protocollo 27 maggio 1999.

17. Lo stesso T.a.r., con la sentenza sez. II, 28 dicembre 2021 n. 1121, ha poi deciso così come segue.

17.1 In via preliminare, ha respinto l'eccezione di difetto di legittimazione della ricorrente dedotta dalla controinteressata nel senso che il ricorso sarebbe in realtà proposto *“per la tutela di un interesse anticoncorrenziale”*, e quindi non tutelabile *“identificabile con il mantenimento della posizione dominante che la ricorrente rivestirebbe nel mercato rilevante della grande distribuzione alimentare nel Comune di Genova”* Sul punto ha premesso anzitutto che *“i dati parziali forniti dalla controinteressata”* non sarebbero *“idonei a dimostrare l'assenza di una concorrenza effettiva nello specifico settore e ambito territoriale”*.

17.2 Sullo stesso punto ha poi affermato che comunque *“alla luce dell'analogia dell'offerta commerciale, della prossimità delle strutture commerciali e della specificità della zona interessata, risulta evidente, infatti, che i due esercizi saranno destinati a condividere il medesimo bacino di utenza, con conseguente sovrapposizione concreta delle fasce di clientela. Il pregiudizio che ne deriva è sufficiente, secondo il criterio della “vicinitas commerciale” costantemente applicato da questo Tribunale ... a radicare l'interesse all'impugnazione degli atti che legittimano l'insediamento della nuova struttura, non essendo ulteriormente necessaria, stante l'evidenza della fattispecie, l'allegazione di fattori prognostici in ordine al calo di vendite”* (motivazione, § 2 del “diritto”).

17.3 Nel merito, il T.a.r. ha poi respinto il ricorso principale e tutti i motivi aggiunti.

18. Contro la sentenza 1120/2021, la società ha proposto l'appello n.933/2022 R.G. di questo Consiglio.

19. Contro la sentenza 1121/2022, la società ha proposto l'appello n.935/2022 R.G. di questo Consiglio, appello che contiene diciotto motivi, di riproposizione di quelli corrispondenti di I grado e di critica alla sentenza impugnata per non averli accolti, motivi proposti anche come censure di illegittimità derivata agli atti non da essi direttamente contestati. Il tutto, nei limiti in cui rileva ai fini della decisione, è sintetizzabile così come segue.

19.1 Con il primo gruppo di motivi, la parte ha inteso contestare in radice l'operazione di riqualificazione del promontorio. Si tratta del motivo primo (rubricato come I, alle pp. 7-16 dell'atto), che sostiene l'attuale efficacia del vincolo di cui al protocollo 27 maggio 1999; del motivo secondo (rubricato come I, alle pp. 17-19 dell'atto), che censura il mancato coinvolgimento dell'Autorità portuale nella procedura; del motivo terzo (rubricato come II, alle pp. 19-24 dell'atto), che deduce la presunta illegittimità del procedimento di modifica del PUC; del motivo quarto (rubricato come III, alle pp. 24-25 dell'atto), che sostiene la presunta illegittimità anche del procedimento urbanistico edilizio seguito, che non si sarebbe potuto svolgere nelle forme del

SUAP, perché l'area interessata sarebbe portuale; del motivo quinto (rubricato come IV, alle pp. 25-29 dell'atto), che deduce una presunta violazione delle norme sui contratti pubblici in danno della citata cooperativa "Il Promontorio", individuata nel 2002 all'esito di una pubblica gara come soggetto attuatore della riqualificazione della zona; e infine del motivo sesto (rubricato come V, alle pp. 29-30 dell'atto), che deduce l'indebito utilizzo di aree demaniali portuali per realizzare l'intervento, in particolare di porzioni della via Albertazzi, che farebbero parte del demanio marittimo.

19.2 Con il secondo gruppo di motivi, la parte ha invece inteso censurare presunte illegittimità di dettaglio, attinenti in via diretta a profili urbanistico edilizi dell'intervento. Si tratta del motivo settimo (rubricato come VI, alle pp. 31 -33 dell'atto), che sostiene come l'intervento si sarebbe dovuto assoggettare a valutazione ambientale strategica- VAS; del motivo ottavo (rubricato come VII, alle pp. 34-36 dell'atto), per cui l'intervento non rispetterebbe le distanze minime previste dalla sopraelevata; del motivo nono (rubricato come VIII, alle pp. 36-37 dell'atto), che sostiene l'illegittimità della cessione senza previa pubblica gara dei diritti edificatori di cui si è detto sopra al § 14.3); del motivo decimo (rubricato ancora, per evidente refuso, come VIII, alle pp. 37-40 dell'atto), per cui la modifica del PUC contrasterebbe con la decisione formativa del piano stesso; del motivo undicesimo (rubricato come IX, alle pp. 40-43 dell'atto), che censura come illegittimo il presunto "spacchettamento" della conferenza di servizi, divisa in due parti, l'una volta ad acquisire i pareri delle amministrazioni coinvolte e l'altra di seduta pubblica con le associazioni di categoria; del motivo dodicesimo (rubricato come X, alle pp. 43-46 dell'atto), che censura la ripermimetrazione del CIV; del motivo tredicesimo (rubricato come XI, alle pp. 46-48 dell'atto), che deduce l'illegittimità dell'autorizzazione paesaggistica, perché essa riguarderebbe un'area demaniale, e quindi sarebbe stata di competenza della Regione; del motivo quattordicesimo (rubricato come XII, alle pp. 48-50), che censura presunte interferenze del progetto con l'attività portuale; del motivo quindicesimo (rubricato come XIII, alle pp. 50-57 dell'atto), che deduce il contrasto con le norme edilizie di area di taluni profili del progetto, ovvero il rispetto degli indici di edificabilità da parte del fabbricato del supermercato, il corretto dimensionamento dei parcheggi e il rispetto della distanza dalla sopraelevata e da una galleria ferroviaria; del motivo sedicesimo (rubricato come XIV alle pp. 57-58 dell'atto), per cui la conferenza di servizi preliminare di cui sopra al § 8 non avrebbe adeguatamente motivato sulla sufficienza delle integrazioni al progetto portate dalla controinteressata; del motivo diciassettesimo (rubricato come XV, alle pp. 58-59 dell'atto), che estende l'impugnazione alle delibere di modifica del PUC del 2015 di cui pure si è detto; e infine del motivo diciottesimo (rubricato come XVI, alle pp. 59-60 dell'atto), che ritiene illegittimo lo svincolo dei due posti auto di cui si è detto sopra al § 14.2.

20. Il procedimento 935/2022 R.G. si è poi svolto così come segue.

20.1 Hanno resistito la controinteressata appellata, con atto 8 febbraio e memoria 18 febbraio 2022, il Comune, con atto 11 febbraio e memoria 21 febbraio 2022, l’Autorità, pure con atto 11 febbraio e memoria 21 febbraio 2022, e la Regione, con atto 22 febbraio 2022, ed hanno chiesto che l’appello sia respinto.

20.2 Con atto ritualmente notificato e depositato il giorno 11 aprile 2022, la controinteressata ha proposto appello incidentale sul capo di sentenza che ha respinto, nei termini di cui si è detto, l’eccezione di inammissibilità del ricorso originario, e in proposito ha dedotto due motivi.

20.2.1 Con il primo di essi, deduce violazione dell’art. 100 c.p.c. e comunque dei principi in materia di interesse a ricorrere, nonché erronea motivazione su un punto decisivo della controversia. Sostiene in sintesi che il Giudice di I grado avrebbe errato a non dichiarare inammissibile il ricorso originario, e i relativi motivi aggiunti, *“esclusivamente in base alla cd. “vicinitas commerciale”, senza porsi il problema, che era pregiudiziale, della meritevolezza o meno dell’interesse fatto valere in giudizio dalla ricorrente”*. Sostiene infatti che la ricorrente appellante nel Comune di Genova, assunto come mercato rilevante ai fini dell’impugnazione, sarebbe titolare di una posizione dominante- dato che vi gestisce *“ben 36 strutture di vendita, mentre ve ne sono altre 6 all’insegna Conad, 3 all’insegna Standa e 4 all’insegna Pam”*, ed una sola media struttura di vendita è gestita dalla controinteressata stessa (appello incidentale, p. 13 § 1 a dalla terza riga e p. 14 dalla settima riga). In tali termini, il ricorso sarebbe finalizzato alla tutela di un interesse di fatto a mantenere la propria posizione di sostanziale monopolista. Questo interesse sarebbe non giuridicamente tutelabile dato anche il principio ora espresso dall’art. 31 del d.l. 6 dicembre 2011 n.201, attuativo della direttiva europea 123/2006, per cui vi è *“libertà di apertura di esercizi commerciali in qualunque zona urbanistica del territorio comunale, ove non vengano in rilievo quei controlimiti rappresentati dai motivi imperativi di interesse generale che impediscono l’espansione di tale principio e che sono individuati nello stesso art. 31”* (appello incidentale, p. 16 dall’inizio).

20.2.2 Con il secondo motivo, dichiaratamente proposto in subordine al primo, deduce poi ulteriore violazione dell’art. 100 c.p.c. e dei principi in materia di interesse a ricorrere, e sostiene che l’interesse ad agire mancherebbe comunque per le *“censure di natura “micro” edilizia rilevanti nella fase esecutiva del progetto ma non attinenti alla realizzabilità o meno”* della struttura in quanto tale, nonché per i *“motivi incentrati sulla tutela di interessi “estranei” alla sfera giuridica della ricorrente, come quelli che lamentano pretese lesioni al traffico portuale o alle prerogative regionali e dell’Autorità di sistema portuale per la tutela dei beni demaniali”* (appello incidentale, p. 21 § 2b).

20.3 Alla camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2022, la domanda cautelare è stata rinunziata in favore di una sollecita fissazione della pubblica udienza per la trattazione del merito.

20.4 In vista di quest'udienza, le parti hanno insistito sulle rispettive posizioni, in dettaglio la controinteressata con memoria 21 ottobre e replica 2 novembre 2022; la ricorrente appellante con memoria 24 ottobre e replica 2 novembre 2022; il Comune con memoria 24 ottobre e replica 3 novembre 2023; la Regione con memoria 24 ottobre e replica 2 novembre 2023; l'Autorità con semplice replica 2 novembre 2011.

21. All'esito della pubblica udienza del giorno 24 novembre 2022, fissata anche per la trattazione congiunta dell'appello n.933/2022, la Sezione ha emesso la sentenza non definitiva 6 marzo 2023 n.2283, nei termini che seguono.

21.1 Preliminarmente, la Sezione ha riunito i ricorsi nn. 933 e 935/2022 suddetti.

21.2 Di seguito, la Sezione ha respinto il ricorso in appello n.933/2022, confermando in sintesi estrema le conclusioni del Giudice di I grado. Sul punto, ha in primo luogo ritenuto corretta la dichiarazione di inammissibilità delle domande di annullamento degli atti impugnati in I grado, perché relative ad atti endoprocedimentali, privi come tali di autonoma attitudine lesiva (motivazione, § 9.1). Ha poi ritenuto corretta anche la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione del protocollo 27 maggio 1999 in quanto tale, data la sua natura di atto negoziale e non provvedimento (motivazione, § 9.3).

21.3 La Sezione ha poi respinto l'appello n.933/202 anche nella parte in cui ha riproposto la domanda di accertamento dell'inadempimento al protocollo 27 maggio 1999 da parte dell'Autorità. Ha infatti ritenuto che l'impegno dell'Autorità stessa da esso risultante dovesse *“essere circoscritto al contesto pianificatorio portuale presente al momento della sottoscrizione”* e non potesse *“essere ritenuto sine die, nell'ottica di ricomprendere qualsiasi modifica futura agli strumenti urbanistici”*. Ciò posto, ha ritenuto che *“l'obbligazione assunta dall'ente portuale nel 1999 ai fini dell'inserimento di vincoli funzionali limitativi delle destinazioni commerciali nell'ambito dell'approvazione degli strumenti urbanistici in via di predisposizione”* fosse stata adempiuta, *“dal momento che tali previsioni limitative sono state poi recepite”* negli strumenti urbanistici di cui si è detto, in particolare nel SAU e nel PUC approvati nei termini di cui si è detto (motivazione, §10).

21.4 Quanto al ricorso n.935/2022, la Sezione, dando atto in modo espresso di ritenere *“ferma e impregiudicata ogni valutazione in rito e nel merito”* ha disposto istruttoria, nel senso di acquisire dall'amministrazione comunale chiarimenti per accertare: *“a) la distanza della struttura in progetto sul lotto 1.1.1 [ovvero, il supermercato vero e proprio] dal confine con la strada sopraelevata “Aldo Moro”, indicando distintamente sia la distanza dalla strada sopraelevata che la distanza dalla relativa rampa di raccordo; b) l'inclusione o meno dei lotti 1.1.1 e 2.1 [ovvero l'edificio*

ulteriore con l'autorimessa] *all'interno della zona portuale; c) la natura della viabilità dell'area in questione, rappresentata dalla via Albertazzi e dalla limitrofa via Balleydier, e in particolare se essa sia o meno demaniale marittima*" (motivazione, § 12). Si tratta, come si evidenzia per chiarezza, di questioni astrattamente rilevanti per l'esame dei motivi sesto, ottavo, tredicesimo e quindicesimo dell'appello principale, di cui si è dato sinteticamente conto sopra.

22. Il Comune ha risposto all'istanza istruttoria con la relazione depositata il giorno 12 maggio 2023, in cui afferma quanto ora si riassume in termini sintetici.

22.1 Sul primo punto, il Comune, dato atto che il supermercato è stato ad oggi realizzato e risulta operante, fa presente che le distanze sono state a suo avviso calcolate in modo corretto. Come va detto per migliore comprensione, il supermercato si trova al n. 1 della via di Francia, e ad esso si accede da questa via; al di sopra della via di Francia, *"in posizione più lontana dalla costruzione, si colloca l'impalcato rialzato delle rampe di accesso alla strada Sopraelevata, sulle quali quindi l'edificio affaccia, senza alcun collegamento diretto"* (relazione, p. 1; si tratta comunque della topografia dei luoghi, da ritenersi fatto localmente notorio).

22.2 La sopraelevata, con le relative rampe di raccordo, sulla base di un atto amministrativo risalente, che non consta all'epoca impugnato, ovvero la determinazione dirigenziale della Direzione Mobilità n. 2009/125.0.0/25, è classificata *"strada urbana di scorrimento: in tale provvedimento è stabilito che "la strada sopraelevata Aldo Moro per tutta la sua estensione e ad esclusione delle corsie di accelerazione e decelerazione è classificata per le motivazioni in premessa ai sensi dell'art 2 comma 2 del Codice della Strada, strada urbana di scorrimento"* (p. 2 della relazione)

22.3 Il Comune ha ritenuto corretta l'esclusione delle corsie citate dalla classificazione della strada sulla base delle caratteristiche tecniche dell'opera, in sintesi dalla geometria delle carreggiate, che è diversa per le corsie e per la strada vera e propria. Su questa premessa, conferma che *"l'edificio in discussione risulta collocato all'interno del lotto in coerenza con i limiti e distanze stabiliti dallo Schema di Assetto Urbanistico"*, ovvero che le distanze rispetto alle strade, sia rispetto alle corsie di accelerazione e decelerazione, sia rispetto alla sopraelevata vera e propria, sono state calcolate correttamente (pp. 2-5 della relazione).

22.4 Sul secondo punto, il Comune conferma che i lotti di interesse non fanno più parte dell'ambito portuale, già in base al PUC del 2000, che anche in questo caso non consta all'epoca impugnato; sono comunque, anche in linea di fatto, esterni agli spazi operativi portuali (relazione, pp. 8 e 10); per conseguenza, sono soggetti alla disciplina urbanistica comunale e non a quella delle aree demaniali marittime (relazione, p. 11).

22.5 Sul terzo punto, infine, il Comune precisa che la via Albertazzi è effettivamente demanio statale, ancorché esterna all'ambito portuale, e che essa è interessata dall'intervento per cui è causa per alcune opere di collegamento pedonale, peraltro di entità molto modesta; fa però presente che per queste opere è stata chiesta e ottenuta la relativa concessione dall'Autorità portuale (relazione, p. 12).

23. Contro questa relazione, ove interpretata come intesa a fornire una motivazione postuma dei provvedimenti impugnati, la ricorrente appellante ha proposto motivi aggiunti, con atto depositato il giorno 16 giugno 2023.

24. Le parti hanno infine ribadito ancora una volta le rispettive tesi, la Regione con memoria 17 agosto 2023; la ricorrente appellante con memoria 1 settembre e replica 13 settembre 2023; il Comune e la controinteressata appellata entrambe con memorie 4 settembre e repliche 14 settembre 2023.

25. Alla pubblica udienza del giorno 5 ottobre 2023, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

26. All'esito, la Sezione ritiene che l'appello incidentale sia fondato e vada accolto, per le ragioni di cui subito si dirà.

27. È fondato e va accolto il primo motivo dell'appello incidentale, centrato sul presunto difetto di legittimazione della ricorrente appellante.

27.1 La questione concernente la possibilità per un imprenditore di impugnare l'autorizzazione commerciale, ovvero un titolo abilitativo ampiamente inteso, rilasciata ad altro imprenditore in concorrenza per svolgere l'attività di questi è tradizionalmente affrontata dalla giurisprudenza di questo Consiglio con il richiamo al noto criterio della "*vicinitas commerciale*": fra le molte, C.d.S. sez. IV 5 settembre 2022 n.7704, fra le più recenti, ma già sez. IV 26 novembre 2004 n.7447.

27.2 Si deve però evidenziare che la *vicinitas commerciale*, così come l'analogo concetto di *vicinitas urbanistico-edilizia*, è una semplice formula riassuntiva, adottata nella sostanza per comodità di esposizione; è quindi necessario darvi concretezza per individuare i suoi contenuti e precisare quali elementi effettivamente valgano a fondare la legittimazione e l'interesse ad agire, ovvero i presupposti di ammissibilità del ricorso, in questa materia.

27.3 Nel far ciò, ad avviso del Collegio, vanno tenute presenti sia la normativa di legge sostanziale con la sua recente evoluzione, sia la normativa processuale.

27.3.1 Sotto il primo profilo, va osservato che la concorrenza sul mercato fra le imprese è uno degli obiettivi che l'Unione Europea, e in precedenza la Comunità Economica Europea, promuove nel proprio interno, come risulta attualmente dall'intero capo I del titolo VII del Trattato sul funzionamento dell'Unione- TFUE, e in particolare dagli articoli 101 e 102 di esso, che vietano le intese restrittive e l'abuso di una posizione dominante sul mercato stesso.

27.3.2 A queste norme di principio, l'Unione europea ha fatto seguire norme di dettaglio, e segnatamente, per quanto qui interessa, la direttiva 2006/123/UE; essa all'art. 10 prevede, fra le condizioni di rilascio delle autorizzazioni commerciali, che i relativi regimi debbano basarsi *“su criteri che inquadrino l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario”* (comma 1), criteri che devono essere *“non discriminatori”* e *“giustificati da un motivo imperativo di interesse generale”* (comma 2, lettera a e lettera b).

27.3.3 In dichiarata attuazione di queste norme europee, il legislatore nazionale ha poi introdotto l'art. 31, comma 2, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, correttamente citato dall'appellante incidentale, secondo il quale *“Secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali. Le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti alle prescrizioni del presente comma entro il 30 settembre 2012, potendo prevedere al riguardo, senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali solo qualora vi sia la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali”*.

27.3.4 Sotto il secondo profilo, va poi tenuto presente il principio affermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con la sentenza 9 dicembre 2021, n. 22, con riferimento specifico alla *vicinitas* urbanistico-edilizia, ma con valore del tutto generale: la legittimazione e l'interesse sono presupposti di trattabilità del ricorso nel merito autonomi e distinti fra loro, ognuno dei quali va allegato e provato; in particolare non si può affermare che *“il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso”*, interesse che va inteso e provato come *“specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato”*, distinto quindi da un mero interesse di fatto al rispetto della legalità.

27.3.5 Il Collegio non condivide quanto afferma la ricorrente appellante (memoria 24 ottobre 2022 p. 49), ovvero che l'art. 31 d.l. 201/2011 – e per implicito le norme presupposte di cui si è detto – sarebbero norme sostanziali, dalle quali non si potrebbe desumere alcuna conseguenza in materia di legittimazione processuale. In proposito, è sufficiente osservare in termini di principio che la dimensione sostanziale e quella processuale di una norma sono strettamente collegate, dal momento che la norma giuridica non è tale se non se ne può dare applicazione attraverso il processo, e in

termini di diritto positivo che una norma di principio di rango europeo, e quindi superiore alla legge ordinaria, non può non orientare l'interpretazione in tutti i settori dell'ordinamento, incluso il diritto processuale.

27.4 Tanto premesso, si ricorda che il concetto di *vicinitas* commerciale è definito in generale dalla giurisprudenza come la posizione dei soggetti i quali *“agendo come imprenditori nel medesimo settore, attingono al medesimo bacino di utenza e risentono, pertanto, di un effettivo danno al loro volume d'affari, in caso di apertura di una nuova impresa commerciale illegittimamente autorizzata”*; così la costante giurisprudenza, fra le molte C.d.S. sez. IV 28 giugno 2022 n.5353, dalla quale è tratta la citazione, nonché sez. IV 3 settembre 2014 n.4480, entrambe con ulteriori ampi rimandi.

27.5 Ad avviso del Collegio, questa definizione va precisata sotto tre profili, concettualmente distinti, ma intersecantisi fra loro: in primo luogo, il tipo di interesse che con il ricorso in materia può esser fatto valere, in dipendenza dall'evoluzione legislativa di cui si è detto; in secondo luogo, la definizione del bacino di utenza rilevante e in terzo luogo la prova dell'effettivo danno al volume di affari.

27.5.1 Sotto il primo profilo, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che l'interesse azionabile in termini di *vicinitas* commerciale è appunto un interesse di tipo commerciale; ha quindi ritenuto che dedurre a questo titolo motivi di carattere edilizio – ove beninteso non vi siano gli autonomi presupposti della *vicinitas* edilizia- rappresenti *“un uso strumentale della tutela accordata ai soggetti terzi, in materia di provvedimenti di natura urbanistico-edilizia, a tutela di un interesse di fatto, finalizzato ad ostacolare la realizzazione di uno stabilimento concorrente”*: così C.d.S. sez. VI 2 marzo 2016 n.1156. La giurisprudenza ha ancora ritenuto in via generale, pur senza richiamare in modo esplicito l'art. 31 d.l. 201/2011, che *“la legittimazione al ricorso non può di certo configurarsi allorquando l'instaurazione del giudizio appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto o contra ius, siccome volti nella sostanza a contrastare la libera concorrenza e la libertà di stabilimento”*: così sez. IV 29 marzo 2018 n.1977.

27.5.2 Ad avviso del Collegio, questa linea interpretativa va sviluppata, nel senso che dall'art. 31 d.l. 201/2011 si debba ricavare un limite agli interessi che sulla base della semplice *vicinitas* commerciale si possono far valere, e limitare quindi il ricorso alla tutela di interessi concernenti *“la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali”*, ciò è a dire degli unici interessi per i quali la pubblica autorità può limitare o escludere l'insediamento di esercizi commerciali. Ammettere il ricorso a tutela di interessi di tipo diverso, infatti, andrebbe a servire un interesse di mero fatto a limitare la concorrenza a salvaguardia di una propria posizione già acquisita.

27.5.3 Ciò ovviamente non significa, lo si precisa per chiarezza, che l'imprenditore, quale soggetto stabilmente insediato sul territorio al pari di altri, non possa impugnare atti di tipo urbanistico-edilizio che consentono l'insediamento di altre attività sulla base delle regole generali in materia, ovvero della *vicinitas* edilizia, nei limiti disegnati dalla ricordata sentenza dell'Adunanza Plenaria 22/2021.

27.5.4 Sotto il secondo profilo, il concetto di bacino di utenza è stato definito come *“l'area in cui si dispiega l'influenza economica del concorrente ed è quindi idonea a incidere sulle posizioni di mercato del controinteressato”*: per tutte, C.d.S. sez. IV 3 settembre 2014 n.4480. Si tratta però, come evidente, di una definizione non determinata con precisione, e quindi tendenzialmente inadatta a selezionare i ricorsi ammissibili in un sistema in cui la concorrenza, come si è visto, è il principio generale e quindi le eccezioni devono essere interpretate in modo tassativo.

27.5.5 La giurisprudenza più recente, in particolare la già citata sentenza 5353/2022 della Sezione, ha allora chiarito che il bacino di utenza è un concetto scientifico, e coincide con *“l'area raggiungibile a partire da un punto prefissato su una cartina, il cosiddetto "baricentro", seguendo gli assi stradali. L'individuazione del "bacino di utenza" implica, quindi, l'applicazione di criteri specialistici e metodi di calcolo non surrogabili attraverso la comune esperienza o la scienza privata del Giudice”*, né tantomeno surrogabili con le semplici allegazioni di una parte, che la controparte contesti. La sentenza 5353/2022 ha quindi ritenuto che *“per poter fornire la prova della c.d. vicinitas commerciale e, conseguentemente, della legittimazione a ricorrere, si palesa del tutto insufficiente la mera affermazione di parte della sussistenza di un comune "bacino d'utenza" fra la struttura commerciale erigenda e quella che agisce in giudizio a tutela del suo interesse commerciale (id est, la libera iniziativa economica) asseritamente lesa”*.

27.5.6 Sotto il terzo profilo, la considerazione di fondo per cui la concorrenza è principio del sistema, salve tassative eccezioni, porta a ritenere che la prova del pregiudizio derivante dall'insediamento della nuova impresa che si vuol contestare debba esser data in modo rigoroso, senza che esso si possa presumere, e che si debba trattare di un pregiudizio significativo: per un esempio in proposito vedasi C.d.S. sez. IV 5 settembre 2022 n.7704, in particolare al § 10.2.

27.5.7 Ad avviso del Collegio, è poi necessaria una considerazione ulteriore, correttamente individuata dall'appellante incidentale (p. 17 dell'atto). Il concetto appena illustrato di bacino di utenza e il concetto di mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle norme in tema di condotte anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante sono distinti, dato che il secondo si identifica con lo *“scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda e offerta in questione, dove si svolge il rapporto di concorrenza”*: così per tutte C.d.S. sez. VI 8 aprile 2014 n.1673 a p.13.

27.5.8 Non si può però escludere che in casi concreti, riferiti a zone particolari del territorio, il bacino di utenza di una struttura venga a costituire anche un mercato rilevante ai fini della tutela della concorrenza, e che quindi, sempre nel caso concreto, il ricorso, pur in astratto del tutto lecito, proposto da chi in quell'ambito rivesta una posizione dominante costituisca abuso non consentito di questa posizione, ciò che costituirebbe un motivo in più per affermare che l'interesse azionato non è in realtà tutelabile. Di conseguenza, la prova del pregiudizio al bacino di utenza dovrà consentire anche di escludere quest'eventualità.

27.6 Applicando i criteri interpretativi sin qui delineati al caso di specie, l'ammissibilità del ricorso introduttivo va esclusa per difetto di interesse.

27.6.1 Sul punto specifico, la parte ricorrente appellante (memoria 24 ottobre 2022, pp. 40-46) allega *“almeno quattro cumulativi e concorrenti fattori di legittimazione”*, che a suo dire *“separatamente l'uno dall'altro giustificherebbero e fonderebbero, di per sé, l'impugnativa”* (p. 40), ovvero: 1) la *vicinitas* commerciale di cui si è detto, consistente a dire della parte nel rischio di chiusura del proprio punto vendita; 2) la presunta posizione qualificata che essa vanterebbe sulla base del protocollo 27 maggio 1999; 3) la *vicinitas* edilizia; 4) un presunto *“interesse a contestare l'azione amministrativa proprio sulla base delle regole e dei principi relativi alla concorrenza”*.

27.6.2 A sostegno di queste allegazioni, la parte ricorrente appellante produce in particolare due documenti, il doc. 78 in I grado, che è una relazione sul mercato della grande distribuzione organizzata a prevalenza alimentare in provincia di Genova, predisposta dal proprio ufficio studi, e il doc. 14 in appello, che è uno studio sul presunto impatto della nuova struttura sul punto vendita già esistente, predisposto da un proprio dipendente.

27.6.3 Queste allegazioni e questi documenti non dimostrano l'interesse ad agire nel senso richiesto. Come va subito chiarito, i fattori di legittimazione primo e quarto di cui sopra si identificano nella *vicinitas* commerciale come formula riassuntiva, la cui ricorrenza è da verificare, dato che evidentemente al di fuori della *vicinitas* non si può invocare un interesse a sé stante al rispetto delle norme.

27.6.4 Si deve poi escludere che il protocollo 27 maggio 1999 possa essere invocato a sostegno dell'interesse ad agire, dato che esso, come già affermato dalla sentenza parziale 2283/2023 di cui sopra, è un accordo restrittivo della concorrenza, al quale, a tutto voler concedere, non può essere riconosciuta perdurante efficacia a tempo indeterminato, a pena di contrasto con gli illustrati principi nazionali ed europei. Come ritenuto dalla sentenza 2283/2023, si deve al contrario ritenere che l'accordo abbia esaurito le sue funzioni nel momento in cui è stato recepito nel SAU e nel PUC dell'epoca, salve le successive modifiche di questi atti per cui è causa.

27.6.5 Non ricorrono, ancora, gli estremi della *vicinitas* edilizia, come delineati dalla sentenza A.P. 22/2021, dato che le due strutture non sono confinanti né si fronteggiano, e che non è stato nemmeno allegato uno specifico pregiudizio, diverso da quello “*concorrenziale*”, che dal nuovo insediamento deriverebbe a quello esistente.

27.6.6 Per quanto poi riguarda la *vicinitas* commerciale, va osservato anzitutto, a semplice lettura dell’atto relativo come sopra riassunto, che i motivi dedotti sono prevalentemente di carattere formale-procedurale, ovvero vertono su un presunto mancato rispetto del protocollo 27 maggio 1999, ma non allegano lesioni agli interessi tutelabili, che come si è detto riguardano “*la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell’ambiente, ivi incluso l’ambiente urbano, e dei beni culturali*”. Già sotto questo profilo, quindi, la legittimazione potrebbe essere esclusa.

27.6.7 Si osserva poi che in base agli stessi atti di parte, che la controparte come è ovvio contesta per il solo fatto di avere proposto impugnazione sul punto, non è chiaro quali siano il bacino di utenza, e quindi il pregiudizio temuto, rispetto ai quali è chiesta la tutela.

27.6.8 Sul punto del bacino di utenza, premesso che valutazioni scientifiche obiettive o incontestate agli atti di causa non ve ne sono, la relazione doc. 78 in I grado oscilla fra il riferimento ad un criterio presentato come tradizionale, il riferimento all’intera provincia (p. 8) e un criterio più ristretto (pp. 12 e ss.), che in sostanza considera solo il punto vendita già esistente nelle vicinanze e quello della controinteressata, così come è presupposto nel doc. 14.

27.6.9 Considerando il primo criterio, l’ambito provinciale, la stessa ricorrente appellante dà lealmente atto di detenere una quota di mercato pari a circa il 25%, seconda a brevissima distanza da quella di altro gruppo estraneo alla causa, e che la quota della controinteressata è minima. Sempre la ricorrente appellante poi non contesta l’allegazione della controinteressata (v. sopra § 20.2.1), per cui nel Comune di Genova sono presenti 36 supermercati della prima, contro una sola media struttura di vendita propria. In questi termini, quindi, un pregiudizio apprezzabile non è né evidente né dimostrato.

27.6.10 Considerando invece il secondo criterio, peraltro non univocamente presentato negli stessi atti di parte (v. doc. 78 in I grado ricorrente appellante a p. 12, ove si presentano due possibili ipotesi), manca l’analisi condotta con obiettivi criteri scientifici che si richiede secondo la più recente giurisprudenza sopra citata, analisi che come si è detto dovrebbe essere o il risultato di un accertamento tecnico imparziale, o di una non contestazione degli atti di parte.

28. L’accoglimento del primo motivo di appello incidentale comporta improcedibilità del secondo motivo di esso, dichiaratamente proposto in subordine.

29. L’accoglimento dell’appello incidentale come tale comporta poi in conclusione che, in riforma della sentenza impugnata, vada dichiarata l’inammissibilità dell’originario ricorso di I grado, e

conseguentemente che sia inammissibile l'appello principale; è così superfluo esaminare ogni altra questione dedotta.

30. Solo per completezza, si osserva che in base alla relazione del Comune 12 maggio 2023 di cui sopra si deve escludere che l'intervento per cui è causa sia stato realizzato su aree demaniali arbitrariamente utilizzate ovvero a distanza non legale dalla strada sopraelevata.

30.1 La relazione stessa dà atto, nei termini spiegati delle modalità con cui le distanze dalla sopraelevata e dalle relative corsie di accelerazione e decelerazione sono state calcolate, e per quanto più interessa ricorda che la distinta classificazione di queste due strutture – strada e corsie – deriva da un precedente provvedimento, la ricordata determinazione n. 2009/125.0.0/25, che non consta ritualmente impugnata e si deve quindi ritenere incontestabile in questa sede. Va comunque aggiunto che la classificazione in parola, sulla base della descrizione tecnica della struttura, ovvero della diversa geometria delle relative carreggiate, appare non irragionevole.

30.2 Discorso analogo va svolto per la classificazione urbanistica del terreno utilizzato per l'intervento, che come si è detto non fa più parte dell'ambito portuale in base ad uno strumento urbanistico non impugnato, e quindi anch'esso non contestabile in questa sede. La classificazione come demaniale del sedime della via Albertazzi non ha poi impedito, così come spiegato, che l'interessata acquisisse i titoli necessari per intervenire per quanto di ragione.

30.3 Sempre per completezza, va poi chiarito che la relazione comunale 12 maggio 2023 non rappresenta un autonomo provvedimento, in ipotesi impugnabile, ma semplicemente un apporto conoscitivo, paragonabile ad una memoria, che si limita a riesporre con ordine il contenuto già presente negli atti impugnati.

31. Si deve pertanto decidere così come in dispositivo, mentre la particolare complessità delle questioni affrontate e l'assenza di precedenti editi negli esatti termini sono giusto motivo per compensare per intero fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.935/2022 R.G.), accoglie l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di I grado (T.a.r. Liguria n.274/2021 R.G.).

Compensa per intero fra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Luca Monteferrante, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere