

Gabriele Lami  
C. Alberto Nebbia Colomba  
Stefano Villamena

# Le concessioni demaniali marittime

tra passato presente e futuro

a cura di Gabriele Lami

## parte III

STEFANO VILLAMENA

*Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*

### 3.1. ASPETTI RICOSTRUTTIVI

#### 3.1.1. Premessa

Negli ultimi anni si segnala il crescente interesse di dottrina<sup>102</sup> e giurisprudenza (amministrativa e contabile)<sup>103</sup> in merito alla neces-

<sup>102</sup> In argomento, oltre ai numerosi scritti dedicati al tema nella Rivista *web* [www.patrimoniopubblico.it](http://www.patrimoniopubblico.it), vedi: B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, pag. 27 e ss. (riguardo il significato delle concessioni nelle discipline del demanio marittimo e del demanio idrico alla fine dell'Ottocento), pag. 108 e ss. (relativamente agli sviluppi legati alla regionalizzazione degli usi turistico-ricreativi del demanio marittimo) e, infine, pag. 351 e ss. (relativamente al tema del potere di scelta degli usi e dei suoi criteri sostanziali nella giurisprudenza sulle concessioni del demanio marittimo); N. CENTOFANTI, *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano, 2007; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. TAR.*, 2009, pag. 830 e ss.; G. MANGIALARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, pag. 1209 e ss.; V. GIOIA, *Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, pag. 1002 e ss.; C. ANGELONE, *Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza*, in *Dir. tur.*, 2008, pag. 283 e ss.; G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. app.*, 2006, pag. 851 e ss.; M. OLIVI, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali: titolarità del bene e titolarità delle funzioni*, in *Foro Amm. CDS*, 2006, pag. 2423 e ss.; Id., *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.*, 2004; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990.

A livello più generale, in tema di beni pubblici, vedi utilmente: AA. VV., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, (a cura di) A. POLICE, Milano, 2008 (specie, per quanto interessa il tema del presente contributo, i saggi di: S. CASSESE, *Titolarità e gestione dei beni pubblici: una introduzione*, pag. 3 e ss.; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, pag. 17 e ss.; G. DELLA CANANEA, *Dalla proprietà agli usi: un'analisi comparata*, pag. 63 e ss.; M. RENNA, *La tutela dei beni pubblici*, pag. 81 e ss.; F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, pag. 247 e ss.; S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, pag. 265 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, pag. 459 e ss.; F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, pag. 493 e ss.; M. R. SPASIANO, *L'uso dei beni in concessione per finalità non rispondenti a bisogni di interesse generale*, pag. 507 e ss.); A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F. G. SCOCA, (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, pag. 639 e ss.; O.M. CASOLARO, *Amministrazione ed uso del demanio: alla ricerca dell'interesse pubblico*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, pag. 1036 e ss.; M. RENNA, «Beni Pubblici», in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, pag. 714 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in AA. VV., (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 2005, pag. 179 e ss.; (nonché Id., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979); M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; AA. VV., *Annuario 2003, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigen-*

sità di utilizzare meccanismi concorrenziali per il "rilascio", "rinnovo" e "subentro" di concessioni demaniali marittime<sup>104</sup>.

Al centro di tale dibattito sono posti l'articolo 37, comma 2, del Codice della navigazione (diritto di insistenza) e l'art. 1, comma 2, del decreto legge n. 400 del 1993 (rinnovo automatico), entrambi suscettibili di determinare restrizioni relativamente all'accesso nel "mercato" delle concessioni in parola.

---

za nel pubblico, Milano, 2004 (specie la prima parte dell'opera dedicata ai beni pubblici e, per quanto di interesse al presente contributo, i lavori di V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, pag. 3 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, pag. 61 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Beni ambientali e azione amministrativa*, pag. 105 e ss.); L.R. PERFETTI, *Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro Amm. CDS*, 2003 pag. 621 e ss.; A. LOLLÌ, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pag. 633 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969; F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965; F.A. QUERCI, *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, 1964, pag. 92 e ss.; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, Roma, 1963; e infine A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, Milano, p. 277 e ss.

<sup>103</sup> Vedi dopo nel corso della trattazione.

<sup>104</sup> Vale a dire della concessione di un «bene pubblico» appartenente al *genus* dei beni demaniali «necessari»; in tema, per una trattazione che dà conto anche degli studi tradizionali e recenti, vedi A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica, op. cit.*, pag. 641. Sulla scorta di criteri valevoli per tutte le categorie di beni demaniali, l'utilizzazione del bene demaniale marittimo è stato considerato sotto il profilo dell'uso normale e dell'uso eccezionale. L'uso normale è quello conforme alla naturale destinazione della cosa e corrispondente al fine che ne giustifica l'assegnazione al pubblico demanio. L'uso eccezionale è quando il bene viene sottratto all'uso normale per essere attribuito in godimento esclusivo ad un soggetto determinato, affinché vi eserciti un'attività che non corrisponde alla normale destinazione del bene. Lo strumento mediante il quale si realizza l'uso eccezionale è la concessione. A seguito dei mutamenti che hanno investito gli usi del demanio marittimo tale impostazione non appare più conforme alla realtà. Si pensi ad alcuni beni marittimi come il lido e la spiaggia la cui utilizzazione in passato era considerata secondaria e subordinata agli usi primari (difesa, navigazione ecc...). Col tempo tale esigenza si è molto attenuata, in quanto l'evoluzione dei sistemi di difesa militare e di trasporto per mare hanno concretato il realizzarsi di quelle attività in punti ben determinati della costa, forniti di idonee attrezzature. Ne consegue che i beni demaniali marittimi hanno mutato la loro funzione sono diventati beni destinati innanzitutto al benessere della popolazione, oggi infatti i lidi e le spiagge sono usualmente riservati a scopi diversi dal passato quali lo svago e le attività sportive. In tale contesto il dibattito dottrinale sui beni del demanio marittimo mette in luce quello che è stata definito un mutamento di identità della concezione tradizionale di tali beni. Il mutamento della funzione ha consentito il passaggio da una fase «statica» a una fase «dinamica» dell'utilizzo di tali beni, così, l'uso eccezionale è diventato la normale destinazione di un gran numero di beni demaniali marittimi e anche l'utilizzo della concessione da evento eccezionale è diventato un evento normale sia per l'utilizzazione dei beni in questione sia per le attività economiche esercitate dai concessionari a mezzo dei beni stessi.

Nel primo caso si prevede il c.d. diritto di insistenza del concessionario, allorché si stabilisce che è «data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze».

Nel secondo caso (art. 1, comma 2, d. l. n. 400/1993) si indica in sei anni la durata delle concessioni per finalità turistico-ricreative disponendo, al contempo, che le stesse «alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza<sup>105</sup>».

L'impianto normativo è indubbiamente molto controverso in termini di compatibilità con il valore "concorrenza". Infatti, seppure con diversa intensità, in entrambe le ipotesi emerge il *favor* nei riguardi del "vecchio" concessionario<sup>106</sup>.

Il Legislatore nazionale (e regionale) fa però fatica ad escogitare rimedi per risolvere la problematica indicata. E ciò, nonostante l'incontestabile valore economico insito nello sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali, da cui deriva la creazione di un vero e proprio «mercato» delle attività legate alle relative concessioni<sup>107</sup>: se esiste un mercato - e quindi esiste un potenziale guadagno dallo sfruttamento di tali beni pubblici<sup>108</sup> - è naturale porre l'attenzione sulla necessità di applicare meccanismi competitivi nella fase di scelta dei soggetti concessionari<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Fatto salvo il diritto di revoca, totale o parziale, rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione concedente ai sensi dell'art. 42 cod. nav.

<sup>106</sup> Non è necessario riprendere in questa sede il tema relativo alla natura del diritto di insistenza. È dato oramai acquisito quello secondo cui la giurisprudenza tradizionale ha ricostruito tale diritto sotto tre diversi punti di vista: il primo che qualifica il diritto di insistenza come limite alla discrezionalità dell'amministrazione; il secondo che lo qualifica come conseguenza della protezione dell'affidamento del privato; una terza prospettazione dell'istituto in questione sostiene che il diritto di insistenza sussisterebbe solo se ed in quanto previsto dalla legge ovvero dal contratto (sul tema rinvio alla ricostruzione di S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Dir., mar.*, 2007, pag. 1066 e ss.

<sup>107</sup> Sul tema, da ultimo, rinvio al pregevole contributo di F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, *op. cit.*, pag. 787 e ss.

<sup>108</sup> Come rilevato dal Consiglio di Stato (cfr. sentenza del 5 novembre 2004, n. 1968, nonché, da ultimo, sentenza del 31 maggio 2007, n. 2825) «con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione».

<sup>109</sup> In tal senso vedi Corte dei conti (deliberazione n. 5/2005/ P del 13 maggio 2005, in [www.Cortedeiconti.it](http://www.Cortedeiconti.it), commentata da E. SANTORO, *Concessioni dei beni pubblici e procedure di*

A questo particolare profilo sarà dedicata la mia analisi.

Nella parte prima cercherò di tratteggiare gli approdi raggiunti su questo tema sia nell'ordinamento nazionale sia nell'ordinamento comunitario; nella parte seconda tenterò invece di indicare le modalità operative riguardo la predisposizione di un bando di gara.

Preciso, infine, che non affronterò direttamente il problema relativo al recupero degli investimenti effettuati dal privato concessionario alla scadenza della concessione. Problema tutto sommato estraneo al profilo del rispetto della concorrenza<sup>110</sup>; ma, lo rilevo per *incidens*, che potrebbe essere risolto attraverso una stima della quota parte residua degli ammortamenti da porre a carico del concessionario subentrante (da valutarsi nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica) e giammai come criterio di preferenza a favore del precedente concessionario.

### 3.1.2. «Indicatori» proconcorrenziali (esterni e interni)

Quanto accennato con riferimento al rispetto delle procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime dovrebbe essere indubbio. Tanto è vero che la Commissione europea ha recentemente formulato alcune "eccezioni" alla disciplina nor-

---

*evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*), secondo cui «ogni atto dallo Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del Trattato ed, in particolare, di quelle di cui agli artt. da 28 a 30 (*ex artt. da 30 a 36*) e da 43 a 55 (*ex artt. da 52 a 66*) nonché dai principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia». Sulla base di questa argomentazione si è ritenuto che «le concessioni di beni pubblici siano da sottoporre ai principi di evidenza pubblica che impongono l'espletamento di gara formale anche in presenza di una sola domanda, che si pone pertanto come atto prodromico all'indizione della gara medesima. Ciò nel presupposto che con la concessione di area demaniale marittima si consente a soggetti operanti sul mercato una possibilità di lucro, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e di non discriminazione».

<sup>110</sup> Come del resto indicato anche dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (decisione del 16/10/2008, vedi dopo) che, in relazione alla durata della concessione, ha stabilito «... andrebbe di regola giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie», precisando che «non è tuttavia indispensabile che tale durata sia parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, in quanto il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario può essere posto a base d'asta».

mativa prevista nel nostro Ordinamento, imperniata, come già anticipato, sul diritto di insistenza e sul rinnovo automatico.

Si tratta della attivazione di una specifica procedura d'infrazione, la n. 2008/4908<sup>111</sup>, che, per la verità, costituisce solo l'epilogo di un lungo (e problematico) percorso di avvicinamento del nostro Paese ai "lidi" della concorrenza.

Invero la procedura di infrazione segnalata è stata causata dal mancato recepimento nei termini previsti (tre anni) della c.d. direttiva *Bolkestein* del 2006 (vedi dopo). Ma è appena il caso di precisare che la direttiva in parola riguarda i "servizi", mentre è per lo meno dubbio che in tema di concessioni demaniali marittime si versi in questo ambito materiale. Nondimeno, però, tale profilo perde di consistenza, potendo essere relegato a questione di mero interesse teorico, se si guarda al fatto che la necessità di sottoporre le concessioni demaniali marittime alle regole della concorrenza era facilmente ipotizzabile prima ancora dell'avvio della procedura di infrazione indicata, tenuto conto, in particolare, degli innumerevoli "segnali" derivanti dall'ordinamento comunitario nonché dall'ordinamento nazionale.

Limitandomi ai principali è utile premettere una indicazione di metodo: a livello comunitario la sostanza conta molto più della forma; il fatto che manchi una disciplina specifica sul rapporto fra "evidenza pubblica" e concessioni demaniali non consente dunque di trincerarsi dietro uno scudo protettivo che garantisca una sorta di immunità.

In primo luogo, alla stregua della nota Comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000<sup>112</sup> (successivamente sviluppata da una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>113</sup>) i principi di evidenza pubblica si considerano applicabili an-

---

<sup>111</sup> Per un approfondimento sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Il rinnovo delle concessioni demaniali marittime. Atto primo: fermenti e timori*, in *Rivista web* [www.patrimoniopubblico.it](http://www.patrimoniopubblico.it), n. 1/2010.

<sup>112</sup> Pubblicata in G.U. 29 aprile 2000, n. C 121. Sul tema, fra i molti, G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, *op. cit.*, pag. 851 e ss. Dopo la Comunicazione del 2000 citata, la Commissione Europea ha confermato il suo indirizzo con la Comunicazione del 29 aprile 2008 (ripresa dalla sentenza della Corte Giust. CE, 7 dicembre 2008, in causa C-324/98).

<sup>113</sup> Dipartimento per le politiche comunitarie del 1° marzo 2002, n. 945.

che alle fattispecie non direttamente interessate da disposizioni comunitarie.

La Comunicazione, infatti, rimarca chiaramente che, nonostante «il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle *concessioni*, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono *il buon funzionamento del mercato unico*» (*corsivo mio*)<sup>114</sup>.

Non solo, successivamente la già citata Circolare della Presidenza del Consiglio ha puntualizzato che «a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli artt. da 28 a 30 (*ex artt. da 30 a 36*), da 43 a 55 (*ex artt. da 52 a 66*) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte». Si tratta più in particolare dei principi di «non discriminazione», di «parità di trattamento», di «trasparenza», di «mutuo riconoscimento» e di «proporzionalità», così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea, che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione<sup>115</sup>.

Inoltre, ma lo ricordo rapidamente, il Giudice comunitario ha più volte sottolineato (e da tempo!) la necessità di rispettare il prin-

<sup>114</sup> Ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, par. 1, *ex art. 6*, par. 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (art. 28 - *ex art. 30* - ss.), alla libertà di stabilimento (art. 43 - *ex art. 52* - ss.), alla libera prestazione di servizi (art. 49 - *ex art. 59* - ss.) nonché le eccezioni a tali norme previste agli artt. 30, 45 e 46 (*ex artt. 36, 55 e 56*); infine le disposizioni dell'art. 86 (*ex art. 90*) del Trattato».

<sup>115</sup> Segnatamente «il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione». Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità «dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative». A sua volta, «il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti» (cfr. Corte Giust. CE, 25 aprile 1996, in causa C-87/94, *Bus Wallons*, punto 54).

cipio di trasparenza anche negli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione della normativa comunitaria<sup>116</sup>.

Infine, come segnalato in apertura, anche la giurisprudenza amministrativa nazionale (almeno quella prevalente) si è più volte dimostrata sensibile agli stimoli derivanti dal diritto comunitario, assumendo un atteggiamento pragmatico che privilegia lo "spirito" della disciplina comunitaria piuttosto che l'aspetto formale. Di tal che è stata riconosciuta ai principi desumibili dal Trattato in materia di concorrenza «una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti»<sup>117</sup>.

In tema di beni demaniali costituisce una dimostrazione di tale "sensibilità" la decisione n. 168/2005 in cui il Consiglio di Stato ha affermato che *«anche i procedimenti tendenti al conferimento di una concessione di area demaniale marittima debbono ritenersi sottoposti ai principi di evidenza pubblica, dato che, in base alle norme comunitarie, presupposto sufficiente affinché si applichino i predetti principi è la circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione»* (corsivo mio).

In questo modo il Giudice amministrativo ha favorito una «interpretazione comunitariamente orientata» del diritto di insistenza subordinato al rispetto di tre condizioni: 1) effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici; 2) idonea pubblicizzazione della procedura relativa al rinnovo; 3) necessità di depurare la procedura dai fattori di vantaggio rivenienti in capo al concessionario dalla titolarità della concessione ovvero dalla titolarità di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo.

---

<sup>116</sup> Vedi Corte Giust. CE, 7 dicembre, 2000, C-324/98, cit., punto 60.

<sup>117</sup> Vedi Cons. di Stato n. 934/2002.

3.1.3. *La vis espansiva della tutela della concorrenza nei settori tradizionalmente «esclusi»: casi recenti e (tutto sommato) analoghi alle concessioni demaniali marittime.*

Il recepimento nell'ordinamento nazionale delle "direttive appalti" del 2004 attraverso il Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163/2006), non conferma (o comunque non conferma del tutto) l'assenza di disposizione scritte in tema di concessioni demaniali marittime.

L'assenza di una disciplina nazionale (oltre che come visto comunitaria) in materia è in qualche misura compensata dall'art. 27 del Codice dei contratti pubblici che rappresenta una vera e propria "cerniera" del sistema delle commesse pubbliche. Attraverso una sua interpretazione (al solito) "comunitariamente orientata" è infatti possibile colmare le lacune giuridiche che altrimenti rischierebbero di tradire lo spirito *proconcorrenziale* che anima l'intero impianto del Codice citato.

Ricordo che l'articolo 27 appena menzionato dispone che l'affidamento di contratti pubblici "esclusi" dalla applicazione del Codice (come nel caso delle concessioni demaniali marittime) deve comunque avvenire «nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità... ». In una parola attraverso una procedura di gara pubblica!

Ed è proprio su questa scia, che sottomette tutti i "vantaggi" che derivano *dal* pubblico a favore *del* privato ad una procedura di gara che la *vis espansiva* della disciplina comunitaria ha coinvolto settori in cui, come nel caso delle concessioni demaniali, si riteneva che le esigenze della concorrenza cedessero il passo a valori diversi e di pari rilievo.

Solo per segnalarne alcuni di grande rilievo scientifico e pratico ricordo le c.d. opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori in cui, anche se per la pubblica amministrazione sarebbe certamente più conveniente, in termini di interesse pubblico, far svolgere i relativi "lavori" al titolare della concessione edilizia, la Corte di Giustizia, e successivamente, e non senza fatica, il Codice

dei contratti pubblici, ha imposto l'obbligo di gara sia per gli appalti sopra soglia sia per quelli sottosoglia<sup>118</sup>.

Oppure, da altro versante, ricordo il caso ancora più emblematico dei c.d. contratti gratuiti a favore della pubblica amministrazione<sup>119</sup>, soggetti anch'essi, secondo il Giudice amministrativo<sup>120</sup>, alle regole della evidenza pubblica: dato che per l'impresa che li stipula rappresentano una occasione di guadagno derivante dal pubblicità dei propri prodotti nei confronti di una ampia clientela<sup>121</sup>.

Ebbene se sono subordinati ai principi comunitari della tutela della concorrenza perfino i contratti "gratuiti" o "altruistici"<sup>122</sup>, in cui si accettano di realizzare lavori, servizi o forniture senza alcun onere economico a carico dell'Amministrazione, a *fortiori* dovrebbero esserlo le concessioni demaniali marittime, perché l'azione della pubblica amministrazione (*attraverso* la concessione di beni a soggetti privati) comporta senz'altro una occasione di guadagno per gli operatori economici, richiedendosi di conseguenza la selezione degli stessi nel rispetto dei principi di evidenza pubblica.

Non solo. L'evidenza pubblica generalizzata a tutte le ipotesi inerenti le concessioni demaniali (rilascio, rinnovo e subentro in corso di esecuzione della concessione) potrebbe costituire anche una occasione per accrescere la redditività delle concessioni (tema, per altro, su cui il Giudice contabile è piuttosto sensibile<sup>123</sup>), dato

<sup>118</sup> Sul punto sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Scomputo degli oneri in cambio di opere. Il sinallagma funzionale pubblico-privato assorbito dall'evidenza pubblica*, in Rivista web [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2009.

<sup>119</sup> Si trattava del servizio di erogazione di prestiti personali e mutui ipotecari ai dipendenti di un ente pubblico.

<sup>120</sup> Vedi Cons. Stato n. 30/2007.

<sup>121</sup> Sul tema vedi R. GIOVAGNOLI, *Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti*, in *Urb. app.*, 2007, pag. 721 e ss.

<sup>122</sup> Naturalmente esistono delle eccezioni (in questo senso vedi Cons. di Stato n. 44/2007, che ha ritenuto non soggetto alle regole dell'evidenza pubblica l'accordo tra un Comune e un'impresa cartellonistica pubblicitaria con cui quest'ultima si impegnava a riservare parte dei propri impianti ad attività di informazione istituzionale del cittadino, nonché a fornire gratuitamente alcuni motocicli elettrici all'amministrazione comunale).

<sup>123</sup> In questo senso la Corte dei Conti ha stabilito che «sussiste un comportamento gravemente colposo dell'amministratore pubblico in tutti i casi in cui non vengano seguiti nell'istruzione della pratiche i normali criteri di diligenza, omettendo i necessari approfondimenti e valutazioni volti ad una gestione dei beni demaniali economicamente orientata e senza neppure richiedere l'intervento e l'ausilio anche sotto il profilo giuridico dei competenti organi dell'Amministrazione comunale. Tale comportamento colposo è produttivo di danno erariale in quanto dalla mancata

che i corrispettivi pagati dai concessionari sono tradizionalmente inferiori ai valori di mercato<sup>124</sup>. Studi recenti evidenziano infatti come i corrispettivi pagati dai concessionari sono generalmente inferiori al valore di mercato<sup>125</sup>.

#### 3.1.4. *Esclusione dall'obbligo di gara: il caso dell'in house*

Giova precisare che (forse) uniche eccezioni alla applicazione dei principi sopraesposti sono costituite dalle ipotesi in cui manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra ente pubblico e soggetto gestore della concessione demaniale marittima: "delegazione interorganica" e servizio affidato *in house*<sup>126</sup>.

L'applicazione della disciplina comunitaria può infatti essere esclusa nel caso in cui l'ente pubblico eserciti sul concessionario un "controllo analogo"<sup>127</sup> a quello esercitato sui propri servizi e, quest'ultimo, vale a dire il concessionario, realizzi la parte più impor-

---

ponderazione dei vari interessi in gioco e in particolare l'omissione di concrete valutazioni, nell'ambito delle singole procedure istruttorie, tra piani di investimento, opere realizzate dai richiedenti le concessioni e congrua determinazione dei canoni contraddice una gestione economicamente orientata dei beni demaniali, che ne garantisca la proficua utilizzazione e quindi ne incentivi la redditività in termini di entrate» (C. Conti reg. Lazio sez. giurisd., 30 marzo 2009, n. 486).

<sup>124</sup> Sul punto M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, pag. 286 e ss.; nonché, dello stesso Autore (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, 1998, Roma.

<sup>125</sup> Sia per individuazione «a monte» di canoni inadeguati al bene o servizio, sia per l'alto grado di mancato riscosso derivante dall'evasione e dall'insufficiente esercizio dei poteri di vigilanza. Sul punto F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, op. cit.

<sup>126</sup> Secondo la terminologia utilizzata dalla Corte di Giustizia, sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano. Sull'*in house providing* è intervenuta anche la Commissione europea (Comunicazione del 5 febbraio 2008, C 2007/6661), nella quale l'organo comunitario ha ribadito il rispetto dei principi comunitari nella disciplina di appalti e concessioni.

<sup>127</sup> Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per "controllo analogo" si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo finanziario, gestionale e "stringente" dell'ente pubblico sull'ente societario.

tante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

In aggiunta a ciò la giurisprudenza nazionale<sup>128</sup> - rifacendosi all'articolo 113, comma 5, lettera c), del T.U. Enti Locali<sup>129</sup> - richiede che l'affidatario abbia natura di società di capitali e che il suo capitale sia interamente in mano di uno o più enti pubblici.

Infine, il Consiglio di Stato ha escluso che la deroga possa operare nel caso in cui lo statuto della persona giuridica ammetta la cessione di quote sociali a soggetti terzi una volta effettuato l'affidamento diretto, poiché si tratterebbe di un vero e proprio "aggiornamento" del divieto<sup>130</sup>.

Pertanto nei casi indicati l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza il ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

### 3.1.5. *La situazione attuale*

Portando nuovamente l'attenzione su questioni "contingenti" - e dato conto del retroterra giuridico in cui esse devono necessariamente essere collocate - è necessario rimarcare che la già citata procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia ha quanto meno costituito l'occasione per un rinnovato interesse da parte degli

<sup>128</sup> In tal senso TAR Sardegna n. 1729/2005; TAR Puglia n. 1318/2006 e TAR Toscana n. 2833/2004.

<sup>129</sup> Si tratta del d.lgs. n. 267 del 2000. La disposizione in esame, recante «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica», prevede la possibilità di affidamento diretto, senza gara, analogamente al modello dell'*in house providing*, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

<sup>130</sup> Così Cons. di Stato n. 4440/2006. In dottrina, sull'argomento, vedi L.M. CARUSO, *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, in *Giur. merito*, 2009, 5, pag. 1388 e ss.; B. RINALDI, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR.*, 2007, pag. 6 e ss.; sui profili di compatibilità tra affidamento *in house* e disciplina regionale si veda: D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di «tutela dell'unità giuridica ed economica» dell'ordinamento*, in *Foro. Amm. CDS*, 2009, pag. 1215 e ss.

organi politici nazionali ai temi problematici oggetto di questa analisi.

Nell'immediato tale interesse ha comportato l'effetto di prorogare la scadenza delle concessioni demaniali in essere mediante decreto - legge (successivamente convertito)<sup>131</sup>. Tuttavia, a questo proposito, più che discutere sulla "opportunità" della scelta fatta dall'Esecutivo nazionale, tema che naturalmente esula dalle finalità di questo contributo, è necessario segnalare alcuni dati che sintetizzano bene lo stato attuale della questione<sup>132</sup>.

Negli atti parlamentari relativi alla *coppia* decreto legge/legge di conversione in materia di proroga dei termini di durata delle concessioni demaniali (cui ho appena accennato), è scritto che «la necessità di procedere alla revisione della normativa in materia di concessioni demaniali marittime (che riguarda una quota importante del settore turistico nel nostro paese, con circa 28.000 stabilimenti balneari e un'occupazione che nella stagione estiva raggiunge i 300.000 addetti), è stata sollevata dall'apertura di una procedura di infrazione comunitaria nei confronti dell'Italia circa la vigente disciplina che prevede il rinnovo automatico delle concessioni e la preferenza accordata al concessionario uscente». E poi si soggiunge «l'Unione europea ha aperto nei confronti dell'Italia la procedura d'infrazione n. 2008/4908 per il mancato adeguamento della normativa nazionale in materia di concessioni demaniali marittime ai contenuti previsti dalla "direttiva servizi", meglio conosciuta come direttiva *Bolkestein* (direttiva 123/2006/CE)... ». E, ancora, si prosegue ricordando che «La direzione generale del mercato interno e dei servizi della Commissione europea, in una nota del 4 agosto 2009 inviata dalla Rappresentanza permanente presso la CE al Di-

<sup>131</sup> Dapprima con il d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative» si affermava (art. 1, comma 18) che «... il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data»; successivamente, invece, con la l. 26 febbraio 2010, n. 25 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative», è stato affermato «... le parole: «entro il 31 dicembre 2012» sono sostituite dalle seguenti: «entro il 31 dicembre 2015», con ciò prolungano al 2015 il termine di scadenza delle concessioni in parola.

<sup>132</sup> Richiamo, in particolare, il *dossier* (Servizi studi del Senato gennaio 2010, n. 186, in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it))\_al disegno di legge A.S. n. 1955 «Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative».

partimento delle politiche comunitarie presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, ha evidenziato che la preferenza accordata dall'articolo 37 del codice della navigazione al concessionario uscente, oltre ad essere contraria all'articolo 43 del trattato che istituisce la Comunità europea, è in contrasto con l'articolo 12 della "direttiva servizi" ed ha invitato le autorità italiane ad adottare tutte le misure necessarie al fine di rendere l'ordinamento italiano pienamente conforme a quello comunitario entro il termine ultimo del 31 dicembre 2009».

Tutto quanto indicato dimostra con evidenza che l'ordinamento comunitario - ed in *ispecie* il "guardiano" della concorrenza, vale a dire la Commissione europea - ha spostato la sua attenzione, non come accadeva in precedenza sulla generica necessità di una interpretazione ampia e omnicomprendensiva delle regole a tutela della concorrenza (vedi sopra), bensì sul particolare fenomeno delle concessioni demaniali marittime.

Come detto, l'elemento nuovo è costituito dalla c.d. direttiva *Bolkestein* il cui termine di scadenza, con riguardo al recepimento nel nostro ordinamento, era fissato alla fine del 2009, termine ormai scaduto<sup>133</sup>.

### 3.1.6. *Primi effetti della procedura di infrazione: la presa di coscienza al problema da parte dei Legislatori regionali (cenni e rinvio)*

La presa di coscienza da parte delle autorità nazionali al problema rassegnato ha innescato prevedibili effetti "a cascata" nei livelli *sub* statali.

Senza qui discettare in ordine alle implicazioni derivanti dalle immediate conseguenze scaturenti dalla normativa contenuta nel

---

<sup>133</sup> Sulla direttiva indicata vedi R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pag. 1880 e ss. e N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, pag. 695 e ss.

decreto legge "tampone" adottato dal Governo e dalla successiva legge di conversione – (vedi sopra)<sup>134</sup>, è utile richiamare brevemente, seppur nei limiti di quanto impone il tema affrontato in questo capitolo, quanto recentemente avvenuto nella Regione Veneto.

Nel Bollettino Ufficiale di questa Regione (il n. 16 del 19 febbraio 2010) è stato pubblicato il primo (ed ancora isolato) intervento regionale che va nel senso di avvicinare la normativa nazionale a quella comunitaria: la legge richiamata è la n. 13/2010.

Il riferimento è importante almeno per due ordini di ragioni: la prima perché tale intervento indica una decisivo (seppur parziale) "cambio di rotta" del nostro ordinamento rispetto al controverso rapporto fra concorrenza e concessioni demaniali marittime; la seconda perché l'intervento legislativo in parola fornisce qualche utile spunto per precisare più approfonditamente i termini di questa (oramai annosa) questione.

Già dal titolo della legge regionale le attese non vanno deluse poiché si tratta esattamente dell'«Adeguamento della disciplina regionale delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa alla normativa comunitaria».

Premetto che non è mio intento occuparmi specificatamente della disciplina contenuta nella legge della Regione Veneto, non di

---

<sup>134</sup> È appena il caso di rilevare che nel testo del d.l. n. 194/2009 cit. si affermava (art. 1, comma 18) «Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico -ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato - Regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che e' conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data».

Successivamente nella legge di conversione n. 25/2010 (entrata in vigore il 28 febbraio 2010) si stabilisce invece che «al comma 18, le parole: «che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto,» sono soppresse, le parole: «entro il 31 dicembre 2012» sono sostituite dalle seguenti: «entro il 31 dicembre 2015» e sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso».

meno, però, è utile farvi un accenno relativamente ad una parte per così dire "esterna": la «Relazione al Consiglio regionale» che ne ha accompagnato l'iter di approvazione. In essa ci sono una serie di lucide indicazioni che rappresentano la sintesi dei recenti approdi del dibattito che ha coinvolto diversi attori istituzionali a livello sia interno che comunitario<sup>135</sup>.

La ragione di fondo che ha spinto il Legislatore di questa Regione ad adottare la legge indicata è di approntare una disciplina "certa" a favore degli operatori economici del settore balneare.

Dicevo "a favore" di tali operatori economici, sgomberando il campo da semplicistiche accuse di sarcasmo, perché, in una visione più ampia e di più largo respiro, non miope per intenderci, l'applicazione delle regole comunitarie in materia di concessioni demaniali marittime condurrà ad un affidamento "più forte" da parte dei concessionari, che resteranno così al riparo da probabili "illegittimità" (comunitarie così come nazionali) derivanti da affidamenti scarsamente concorrenziali<sup>136</sup>.

Le regole passate in rassegna dalla relazione *de qua* sono degne della massima attenzione in quanto costituiscono, a mio parere, sintesi dello stato più avanzato del dibattito raggiunto su questa complessa tematica.

In sostanza il tutto può riassumersi in tre profili generali fra loro convergenti in termini *pro concorrenziali*<sup>137</sup>.

Il primo consistente in un recente intervento del Giudice amministrativo; il secondo relativo ad una presa di posizione *forte* dell'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato; il terzo, infine, più risalente nel tempo, ma, che come visto in precedenza,

---

<sup>135</sup> Vedi specialmente pagina 10 e 11 del Bollettino Ufficiale della Regione Veneto n. 16 del 19 febbraio 2010 citato (in sito *web* <http://bur.regione.veneto.it>).

<sup>136</sup> L'esigenza è dunque quella di «avere una normativa certa sulla durata delle concessioni demaniali marittime per poter programmare i necessari investimenti che garantiscano la qualità dell'offerta turistica». E ancora «La Regione con l'adeguamento e la definizione della normativa in materia di demanio marittimo a finalità turistico-ricreativa, intende definire, in modo inequivocabile, quegli elementi normativi che conferiscano chiarezza, certezza e duratura garanzia alle attività economiche ed imprenditoriali poste in essere ogni anno dai concessionari nel litorale veneto».

<sup>137</sup> Su tale espressione vedi, da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale n. 160/2009 relativa alla applicazione del codice dei contratti pubblici del 2006 alle Regioni.

dispiega i suoi effetti a partire dagli inizi del 2010, concernente la direttiva *Bolkestein*.

Il primo accenno interessa una decisione recente del Consiglio di Stato (la decisione n. 3145 del 2009<sup>138</sup>) in cui è stato affermato che i principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza si applicano anche alla concessione di beni pubblici: ragion per cui il rinnovo di una concessione demaniale marittima a finalità turistico-ricreativa deve avvenire mediante una valutazione comparativa delle domande concorrenti e, qualora si tratti di rinnovo, il precedente concessionario va posto sullo stesso piano di altro soggetto richiedente lo stesso titolo.

Così, il fatto che siano in gioco le concessioni demaniali marittime «non può oscurare l'obbligo della Amministrazione concedente di assoggettare a procedura comparativa l'offerta del precedente concessionario»; perché «solo in tal modo risulta soddisfatto il prevalente interesse alla individuazione del soggetto contraente che offra migliori garanzie di proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse».

Questa prima indicazione conferma in modo trasparente la prevalente giurisprudenza amministrativa e contabile che impone (oramai da tempo) il rispetto delle regole dettate dal Trattato in tema di concorrenza (vedi sopra), e ciò anche fino al punto di imporre l'obbligo di esperire una procedura di evidenza pubblica nel caso di "una sola" domanda di rinnovo o di estensione di una concessione già rilasciata<sup>139</sup>.

Ne consegue che, al più, il "diritto di insistenza" rileva solo in via sussidiaria, in subordine cioè ad una reale comparazione delle richieste di concessione.

Tale "preferenza" al precedente concessionario può venire in rilievo esclusivamente nella eventualità in cui tutte le domande di

---

<sup>138</sup> Su cui vedi il commento di G. MANGIALARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, *op. cit.*, pag. 1209 e ss.

<sup>139</sup> In tal senso Corte dei Conti, deliberazione n. 5/2005/P, cit.

concessione siano "equiordinate", ossia quando esse assicurano in via paritaria l'eguale soddisfazione dell'interesse pubblico<sup>140</sup>.

In questo senso è quasi scontato il rilievo secondo cui, nell'ambito della individuazione del titolare che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione rispondenti all'interesse pubblico<sup>141</sup>, la valutazione dovrà incentrarsi sulla verifica delle capacità economico-finanziarie e professionali del proponente<sup>142</sup>.

Pertanto, prendendo spunto dalla relazione alla legge regionale Veneto recentemente approvata, può ancora una volta essere rilevato che la posizione della giurisprudenza maggioritaria è che né diritto di insistenza né tanto meno (e a maggior ragione) "rinnovo automatico" possano tradursi in una illegittima sottrazione dal confronto competitivo.

In maniera analoga alla decisione del Consiglio di Stato, la relazione alla legge regionale citata richiama la decisione della Autorità Garante per la concorrenza e per il mercato (decisione del 16 ottobre 2008, adottata nell'ambito della sua attività di segnalazione al Parlamento e Governo), in cui sono state evidenziate le "distorsioni" alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato derivanti dalla previsione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico.

Tralasciando il caso specifico (si trattava di rilevati relativi a talune norme regionali) il *Garante interno della concorrenza* ha chiarito che le previsioni normative statali in materia sono suscettibili di produrre effetti restrittivi, di tal che procedure di rinnovo (o di rilascio) della concessione basate sul criterio della preferenza accordata

<sup>140</sup> Così Cons. di Stato n. 2825/2007. Sempre in tal senso vedi la decisione del Cons. di Stato (n. 3145/2009) che afferma «i principi costituzionali e comunitari impongono anche per le concessioni demaniali marittime di rispettare i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di par condicio, in modo da garantire una effettiva concorrenza tra gli operatori del settore; di conseguenza in sede di rinnovo di una concessione, l'Amministrazione deve procedere alla valutazione comparativa delle domande concorrenti».

<sup>141</sup> In tal senso Cons. di Stato n. 6146/2000: «la valutazione delle domande in attuazione dell'art. 37 è operata secondo la valutazione preferenziale cosiddetta di affidabilità [...] detta opzione mira ad individuare non il/i migliori in assoluto, ma colui o coloro che, con motivata ponderazione, risultati/risultino in grado di realizzare al meglio l'interesse pubblico ad una proficua utilizzazione del bene demaniale, tenendo conto anche del legame del bene con la collettività degli utenti, della complessiva offerta dei servizi e di altri obiettivi che l'Amministrazione, in modo logico, voglia perseguire».

<sup>142</sup> In tal senso TAR Puglia n. 120/2004.

al precedente titolare, dovrebbero essere sostituite dalla valutazione dell'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici nonché dalla idonea pubblicizzazione di tale procedura, in modo da riconoscere alle imprese interessate le stesse opportunità concorrenziali (suggerendo, a tale riguardo, analoga soluzione rispetto a quella escogitata dal Consiglio di Stato, cui ho accennato in precedenza, secondo cui il c.d. *diritto di insistenza* potrebbe assumere caratteristiche di compatibilità con i principi comunitari solo nell'ipotesi in cui rivesta carattere "residuale e sussidiario").

Con riferimento al «rinnovo automatico», la stessa Autorità ha precisato che non solo "non stimola" gli operatori economici a corrispondere un canone più alto all'amministrazione concedente (e offrire migliori condizioni di servizio agli utenti), ma favorisce anche la costituzione o il mantenimento di comportamenti collusivi fra i soggetti titolari delle rispettive concessioni.

Infine, nella relazione della Regione Veneto citata, si richiama il problema di compatibilità della normativa interna (statale e "a cascata" regionale) con quella comunitaria divenuto urgente a causa della necessità di dare attuazione alla direttiva 2006/123/CE (direttiva *Bolkestein* più volte citata).

A tale riguardo, secondo il «Considerando n. 116» della direttiva *Bolkestein* il suo obiettivo è «la soppressione degli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera prestazione dei servizi fra Stati membri».

Ciò che la giustifica, come precisato dallo stesso «Considerando n. 116», è il fatto che l'obbiettivo della concorrenza in questa materia (mercato dei "servizi") può essere realizzato solo a livello comunitario, per cui la Comunità è legittimata ad intervenire in base al principio di sussidiarietà (sancito dall'articolo 5 del Trattato).

Con questa direttiva (come detto relativa ai servizi nel mercato interno) si propone di attuare una maggiore competitività del mercato, eliminando gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori e alla libera circolazione dei "servizi" fra gli Stati membri. In essa, come già precisato, era fissato il termine di tre anni per il recepimento. Termine oramai scaduto il 28 dicembre 2009.

Più in particolare, l'articolo 12, comma 1, della direttiva *Bolkestein*<sup>143</sup> (già richiamato - vedi sopra) stabilisce: «qualora il numero di autorizzazioni (*id est concessione nella logica del diritto comunitario, n.d.r.*) disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

Il successivo comma 2, dell'articolo citato, in maniera ancora più emblematica stabilisce che «... l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata, adeguata e *non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*», (*corsivo mio*)<sup>144</sup>.

Da quanto indicato - siccome è indiscusso, almeno per le autorità pubbliche, il fatto che la direttiva *Bolkestein* si applichi anche alle concessioni demaniali marittime<sup>145</sup> - nelle more del decreto le-

<sup>143</sup> Che riprende quanto già indicato nel «Considerando n. 62» della direttiva stessa.

<sup>144</sup> Le sole eccezioni, anche se di ampia portata, a tale regola - che coinvolge dalla fine di dicembre 2009 in poi anche le concessioni demaniali - sono previste nel successivo comma 3, in cui si stabilisce che: «Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

<sup>145</sup> Invero, la direttiva indicata non contempla espressamente le concessioni demaniali. Nell'articolo 4 «Definizioni» si stabilisce che, ai fini della presente direttiva, si intende per «servizio»: qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione»; ancora, nel considerando 33, si elencano una serie di attività che rientrano nella sfera applicativa della direttiva stessa fra le quali non è compresa quella oggetto di questa analisi («Tra i servizi oggetto della presente direttiva rientrano numerose attività in costante evoluzione, fra le quali figurano: i servizi alle imprese, quali i servizi di consulenza manageriale e gestionale, i servizi di certificazione e di collaudo, i servizi di gestione delle strutture, compresi i servizi di manutenzione degli uffici, i servizi di pubblicità o i servizi connessi alle assunzioni e i servizi degli agenti commerciali. Sono oggetto della presente direttiva anche i servizi prestati sia alle imprese sia ai consumatori, quali i servizi di consulenza legale o fiscale, i servizi collegati con il settore immobiliare, come le agenzie immobiliari, l'edilizia, compresi i servizi degli architetti, la distribuzione, l'organizzazione di fiere, il noleggio di auto, le agenzie di viaggi. Nell'ambito di applicazione della presente direttiva rientrano altresì i servizi ai consumatori, quali i servizi nel settore del turismo, compresi i servizi delle guide turistiche, i servizi ricreativi, i centri sportivi, i parchi di divertimento e, nella misura in cui non sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, i

gislativo di recepimento della direttiva in parola, mi sembra doveroso rivolgere l'attenzione al tema delle "regole procedurali" in grado selezionare il candidato-concessionario "migliore" (fra i diversi potenziali), al fine di eliminare elementi che avvantaggiano "a priori" il precedente concessionario<sup>146</sup>.

## 3.2. MODALITÀ OPERATIVE (L'AFFIDAMENTO SECONDO I CRISMI DELLA EVIDENZA PUBBLICA)

### 3.2.1. *Regole generali*

Nei precedenti paragrafi sono state indicate le ragioni giuridiche che hanno portato alla estensione delle procedure concorsuali anche relativamente al «rilascio», «rinnovo» e «ogni successiva modificazione» inerente le concessioni demaniali marittime con finalità turistico - ricreative (come del resto era già accaduto per le concessioni demaniali con altre finalità<sup>147</sup>).

A questo punto è necessario individuare il possibile "percorso" da seguire per l'applicazione dei principi sopraesposti alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico - ricreative; e ciò te-

---

servizi a domicilio, come l'assistenza agli anziani. Queste attività possono riguardare servizi che richiedono la vicinanza del prestatore e del destinatario della prestazione, servizi che comportano lo spostamento del destinatario o del prestatore e servizi che possono essere prestati a distanza, anche via Internet»). Anche se poi, nel successivo considerando n. 39, si stabilisce (sempre però con riguardo alle attività di servizi) che «La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale. L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell'autorità competente o dal fatto che l'interessato debba attendere l'avviso di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l'attività o affinché quest'ultima sia legittima».

<sup>146</sup> Per riprendere una espressione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato nella decisione del 16 ottobre 2008, cit. (vedi sopra).

<sup>147</sup> In tema vedi C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, in Rivista web [www.giureta.unipa.it](http://www.giureta.unipa.it), vol. V, 2007.

nuto conto che il Codice della Navigazione rappresenta ancora la base normativa generale di riferimento della materia.

Come noto, il Codice in parola non prevede limitazioni particolari per accedere alla procedura di rilascio di una concessione demaniale, ragione per cui la scelta di ricorrere ad un "bando di gara" costituirà una strada percorribile, ma non l'unica praticabile.

Seguendo lo schema del Codice della Navigazione, dunque, rimane ferma la possibilità, da parte della autorità amministrativa procedente, di esperire procedure concorrenziali "diverse", cioè "alternative", a quelle che contemplano la pubblicazione di un bando di gara, anche se pur sempre nel rispetto dei principi di trasparenza e di *par condicio*<sup>148</sup>.

Il procedimento (disciplinato fin dall'origine dal testo codicistico) prevede che chiunque possa presentare una domanda di partecipazione all'autorità amministrativa (comunale o portuale), la quale effettuerà su di essa un vaglio preliminare circa la compatibilità con la disciplina normativa e, successivamente, in caso di esito positivo, ne disporrà la pubblicazione con l'apposizione di un congruo termine entro il quale chi vi abbia interesse possa presentare "opposizioni" ovvero "domande in concorrenza".

A questo punto, scaduto il termine, l'autorità amministrativa dovrà procedere a risolvere le (eventuali) opposizioni e (ove possibile) individuare il soggetto cui affidare la concessione attraverso una procedura di comparazione, disciplinata dall'articolo 37 del Codice della Navigazione.

Il sistema sopraindicato opera in modo adeguato in presenza di fattispecie concessorie di limitata importanza, oppure quando siano stati predeterminati dall'autorità procedente, in propri atti di «governo del territorio», elementi di indirizzo rilevanti relativi alla proposta progettuale di intervento che consentono di discriminare in modo oggettivo tra le diverse proposte.

Diversamente, in caso di concessioni di particolare rilevanza o qualora sorga la esigenza di selezionare fra diverse proposte, sarà

---

<sup>148</sup> A tale riguardo vedi art. 18 (d.P.R. n. 328/1952 - «Regolamento navigazione marittima») nonché, per le concessioni di aree demaniali portuali, art. 18, l. n. 84/1994 - «Riordino della legislazione in materia portuale»; su questo profilo rinvio, da ultimo, alla sentenza del TAR Marche n. 1223/2007.

opportuno che la procedura ordinaria sia affiancata dall'utilizzo di modalità selettive da definirsi attraverso le discipline normative generali attualmente vigenti e, in particolare, provenienti dal Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. n. 163/2006).

In pratica, per l'assegnazione di una concessione *ex novo* - sia essa di tipo industriale, portuale oppure (attualmente) anche di tipo turistico ricreativo - è possibile seguire la *strada* della predisposizione di un bando di gara.

Come accennato il Codice della Navigazione non disciplina i contenuti del bando per l'affidamento di una concessione demaniale; per la sua predisposizione, quindi, è possibile ricercare nell'ordinamento dei criteri generali per la selezione dei potenziali beneficiari.

Un primo strumento per la predisposizione di un bando di gara completo di tutte i possibili elementi è il già citato Codice dei contratti pubblici del 2006.

Tale normativa indica i contenuti minimi di un bando di gara partendo dalla individuazione delle categorie degli operatori economici ("proponenti") indicati dall'art. 34.

A questo proposito, nell'articolo appena citato, il Codice dei contratti elenca i soggetti a cui possono essere affidati appalti pubblici, riproducendo il disposto del previgente art. 10, comma 1, legge n. 109/1994 (c.d. legge Merloni).

In particolare, la lett. a), del comma 1 dell'art. 34, cit. ammette la partecipazione degli imprenditori individuali, anche artigiani, delle società commerciali e delle società cooperative.

Seguono, poi, alle lett. da b) a *f-bis*), del comma 1, una serie di figure (consorzi fra società cooperative, consorzi stabili, raggruppamenti temporanei di concorrenti ecc.) che sono delle peculiari modalità di esplicazione di attività imprenditoriali secondo moduli aggregativi, la cui presenza nell'ambito demaniale può costituire una novità importante in relazione alle possibili utilizzazioni commerciali.

La scelta dei possibili beneficiari, come accennato, non potrà essere limitata in modo indiscriminato, ma potrà essere modulata

richiedendo il possesso di determinati requisiti funzionalmente collegati alla tipologia gestionale della concessione demaniale.

In questo ambito sarà molto importante la "calibratura" dei requisiti per non creare barriere ingiustificate all'ingresso. La questione assume particolare rilevanza nei casi di concessione di grandi impianti industriali e portuali ed in prospettiva anche nella riqualificazione di strutture turistico ricreative di rilevante interesse economico.

Tale considerazione assume poi particolare pregnanza riguardo le recenti tendenze giurisprudenziali che "aprono" la cerchia dei pretendenti alle commesse pubbliche: ponendo in crisi la tradizionale interpretazione restrittiva dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici relativamente ai "soggetti" non direttamente indicati dall'art. 34 citato.

La svolta giurisprudenziale (un vero e proprio *revirement* interpretativo) era iniziata con l'ammissione delle fondazioni senza scopo di lucro alla partecipazione a gare di appalto (su cui il Consiglio di Stato anche di recente ha confermato il proprio indirizzo di apertura<sup>149</sup>).

Alla nutrita cerchia di operatori che possono essere ammessi alle gare pubbliche si devono aggiungere le società sportive senza finalità di lucro<sup>150</sup> nonché, da ultimo, le Università (enti pubblici "non" economici per eccellenza) che secondo una, non poco controversa, recente sentenza della Corte di giustizia sono legittimate a partecipare alle procedure di appalto pubblico in qualità di "offerenti"<sup>151</sup>.

Il bando di gara è l'altro importante elemento per la costruzione di una procedura selettiva conforme e adeguata alle previsioni di

---

<sup>149</sup> Si trattava della Fondazione San Raffaele. Anche se non è irrilevante ricordare che in questo caso la fondazione citata partecipava in ATI con un altro operatore che aveva la veste giuridica di s.r.l. (vedi Cons. di Stato n. 3897/2009). Tale pronuncia conferma precedenti sentenze segnatamente TAR Lazio n. 3176/2004 e TAR Molise n. 196/2003. Sul tema, da ultimo, S. Mento, *La partecipazione delle fondazioni alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2010, pag. 151 e ss.

<sup>150</sup> Vedi Cons. di Stato n. 3790/2002.

<sup>151</sup> Vedi Corte di Giustizia delle Comunità Europee - Sezione IV - in causa C 305/08, sentenza 23 dicembre 2009. Su cui rinvio alle condivisibili notazioni critiche di G. Pace, *Consorzi di Università: ammessi alle gare «con riserva»*, in *Enti non profit*, n. 5/2010.

imparzialità e concorrenza richieste dai recenti indirizzi normativo - giurisprudenziali.

Particolari cautele saranno necessarie per garantire la massima conoscenza delle strutture e delle aree demaniali interessate, non soltanto per cercare di scongiurare i rischi di contestazione, ma anche e soprattutto per migliorare le offerte tecniche prima della relativa presentazione.

Le regole procedurali indicate nella documentazione di gara (bando, capitolato d'oneri e disciplinare di gara) dovranno essere conformi allo strumento urbanistico ed ai vincoli paesaggistico - ambientali vigenti o comunque, qualora prevedano delle difformità, dovranno poter essere "conformabili" per il tramite di modificazioni che incontrino l'assenso delle amministrazioni competenti <sup>152</sup>.

### 3.2.2. *Le regole puntuali per una procedura di assegnazione*

Alle regole generali utili per la individuazione dei criteri di ammissione per i possibili pretendenti all'affidamento si affiancano le disposizioni riguardanti la procedura di scelta del contraente (concessionario).

In questo ambito soccorre quanto stabilito dall'art. 55 del Codice dei contratti pubblici.

A tale riguardo dovrà darsi precedenza alla procedura «aperta»<sup>153</sup>, poiché, "a contrario", il Codice dei contratti pubblici stabilisce, nel comma 2, dell'articolo citato, «Le stazioni appaltanti utiliz-

<sup>152</sup> Il P.U.A. (Piano di Utilizzazione del Aree demanio marittimo - previsto dall'art. 6, l. n. 494/1993) è il primo documento di riferimento per la elaborazione di una proposta progettuale. La disciplina della balneazione è un ulteriore parametro da considerare anche se disciplinato direttamente dagli enti competenti con apposite ordinanze adottate dal Sindaco. In questo ambito, dopo la riforma del 2008, il Sindaco può adottare ordinanze anche in tema di sicurezza pubblica (oltre che di pubblica incolumità) senza la necessità di situazioni contingibili e urgenti; sul punto sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Le ordinanze di «ordinaria amministrazione»*. *Spunti problematici*, in *Nuove autonomie*, 2-3, 2009, pag. 637 e ss.

<sup>153</sup> In cui, a tenore del comma 5 dell'articolo citato, «gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara».

zano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione... ».

Alla luce del fatto che nel caso di specie il tipo di contratto non ha per oggetto «la sola esecuzione», la procedura «aperta» è senza altro da preferirsi alla procedura «ristretta»<sup>154</sup>.

Relativamente al criterio di selezione delle offerte (art. 81 e ss. del Codice dei contratti pubblici) fra «prezzo più basso» ed «offerta economicamente più vantaggiosa» si dovrà dare preferenza, in mancanza di leggi regionali che dispongano diversamente, al criterio da ultimo indicato.

Effettivamente, data la evidente complessità ed eterogeneità degli elementi che entrano in gioco nella valutazione dell'offerta (vedi dopo), il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa conferisce alle commissioni di gara (nomite ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici) una utile e ineliminabile "flessibilità" per la scelta dell'offerta migliore<sup>155</sup>.

Infatti, la scelta della migliore offerta - pur sempre ricondotta entro i binari applicativi fissati ad opera della *lex specialis* (bando di gara) - dovrà basarsi su una serie di criteri difficilmente valutabili senza ricorrere a tale metodica. Del resto, nel caso di specie il prezzo dell'appalto non rileva come nel caso delle altre forme di appalto (di lavori o forniture per esempio), dato che all'amministrazione interessa soprattutto il corretto sfruttamento (secondo finalità di interesse pubblico ben precisate nella documentazione di gara) dell'area offerta in concessione.

Nel concreto gli elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare: *standard* qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti); sostenibilità del piano degli investimenti (investimento economico proposto nella offerta) in relazione alla tipologia della concessione da gestire; infine, capacità di intera-

---

<sup>154</sup> In cui a tenore del comma 6 dell'articolo citato «gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito».

<sup>155</sup> In tema vedi M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. app.*, 2007, pag. 7 e ss.

zione del progetto con il complessivo sistema turistico - ricettivo del territorio locale<sup>156</sup>.

Nell'attuale quadro normativo il canone concessorio costituisce certamente elemento residuale, ancorché necessario, nella valutazione della offerta migliore dato che, come disposto dall'articolo 37 del Codice della Navigazione, sarà possibile ricorrere a tale criterio di selezione *«solo in caso di parità di contenuti dell'offerta tecnica»*.

La presentazione dell'istanza sarà disciplinata dal bando che detterà i requisiti per le domande di affidamento in concessione da parte dei soggetti interessati precisando le aree demaniali marittime per lo svolgimento delle relative attività e non soltanto quelle turistico - ricreative<sup>157</sup>.

È da rimarcare, poi, che la documentazione di gara dovrà necessariamente essere integrata dal c.d. disciplinare di concessione il quale, tenendo conto delle norme contenute nel Codice della Navigazione e nel relativo Regolamento di esecuzione, fornirà puntuali indicazioni sui limiti di esercizio che l'Autorità procedente avrà indicato per garantire la massimizzazione dell'interesse pubblico derivante dall'esercizio della concessione.

Inoltre il testo del disciplinare dovrà essere definito nel quadro della legislazione regionale e del relativo piano di utilizzazione dei beni demaniali marittimi (naturalmente se adottato)<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> In questo ambito potranno essere elementi rilevanti per la selezione: la fruibilità/accessibilità per i soggetti diversamente abili; il numero delle unità lavorative dirette e indirette impiegate nell'attività di gestione della concessione (compresa la possibilità di farli partecipare ad un corso di formazione professionale sulla specifica attività turistico/ricreativa ovvero l'impiego di manodopera locale onde sostenere lo sviluppo dell'economia della località interessata); nonché la valorizzazione della pregressa esperienza delle imprese partecipanti alla gara con riguardo alla gestione di strutture equipollenti a quella oggetto della procedura, che potrebbe essere elemento per un punteggio di rilievo nella valutazione tecnica dell'offerta.

<sup>157</sup> Il bando dovrà poi disciplinare la località e la superficie complessiva catastalmente identificata rinviando, ove necessario, al capitolato di appalto per una più approfondita descrizione; l'esatta consistenza della concessione e la regolamentazione d'uso delle aree demaniali e tutto quanto ritenuto necessario per la corretta valutazione dell'offerta.

<sup>158</sup> Nel capitolato, che dovrà essere sottoscritto in ogni sua pagina per accettazione da parte del legale rappresentante della ditta offerente, si potrebbero precisare eventuali prefabbricati (o manufatti in genere) eretti nell'area demaniale; le aree con cui confina l'area demaniale oggetto di gara e se eventualmente, tali aree di confine, sono affidate, a loro volta, in concessione e se si chi ne usufruisce.

Nel bando potranno essere individuati anche requisiti "particolari", come gli eventuali parametri di "preferenza" da attribuire a categorie ritenute di particolare rilevanza sociale (penso agli enti ed associazioni senza finalità di lucro, compresi gli enti che svolgono attività ricreative di carattere socio-assistenziale, che potrebbero partecipare alla gara limitatamente alla assegnazione di talune aree).

Naturalmente tale preferenza potrà essere fatta valere a parità di condizioni oggettive della proposta progettuale tra i diversi proponenti.

Seguendo la normale procedura di gara, entro i termini previsti, dovranno pervenire le domande alla "stazione appaltante", con la documentazione necessaria alla Commissione di gara (documentazione «amministrativa» e documentazione «tecnica») per lo svolgimento della valutazione comparativa.

Nella "busta" relativa alla documentazione amministrativa dovranno essere presentati i requisiti di carattere generale previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (su cui dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici si è sviluppata una ricca giurisprudenza)<sup>159</sup>; mentre nella "busta" relativa alla documentazione tecnica dovranno essere presentati gli atti utili per la ponderazione della offerta in base ai criteri posti a base di gara: «relazione illustrativa» e «progetto tecnico» (quest'ultimo costituito dalla descrizione degli *standard* qualitativi proposti e dai grafici progettuali)<sup>160</sup>.

<sup>159</sup> Secondo le regole comuni, i soggetti partecipanti potranno "autocertificare" di possedere, a pena di esclusione, una serie di «requisiti minimi»: fra questi, anzitutto, la idoneità organizzativa (soddisfatta dalla dimostrazione dell'adeguatezza dell'organico e/o di attrezzature tecniche, materiali e strumentali); la idoneità economico-finanziaria (soddisfatta da fatturato globale o fatturato relativo alle attività similari a quelle della concessione che potrà anche essere parametrato ad un valore multiplo del canone concessorio posto a base di gara). Oltre a ciò i partecipanti dovranno dimostrare di possedere, sempre tramite "autocertificazione", e salvo la c.d. verifica a campione di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, la idoneità tecnico-professionale (attestata dall'elenco di attività precedentemente svolte pertinenti a quelle oggetto della concessione, ad esempio: gestione di stabilimenti balneari, ristorazione - bar, servizio di salvamento e soccorso).

<sup>160</sup> Più in particolare la «relazione illustrativa» dovrà contenere una serie di informazioni quali: ubicazione, estensione e confini del bene oggetto della concessione; natura, forma, dimensioni e struttura delle opere da eseguire e termini proposti per tale esecuzione; infine modalità di esercizio della concessione. Inoltre, come detto, la stessa "busta" dovrà contenere un «progetto tecnico» da cui si ricavi la descrizione degli *standard* qualitativi dei servizi proposti, *ivi* compresi gli eventuali elementi di qualità in possesso del concorrente (nonché gli elementi di valutazione

È importante ricordare che in questa fase della procedura assumeranno grande rilevanza le opzioni operative assunte dalla stazione appaltante come, ad esempio, la valutazione dell'eventuale incameramento dei beni alla scadenza oppure il diritto di smontaggio prima della remissione in pristino, oltre che altre condizioni, sulla base degli indirizzi fissati dall'Amministrazione procedente, come la scelta di privilegiare strutture lignee e di facile rimozione invece che strutture pesanti<sup>161</sup>.

Allo stesso modo si dovrà tener conto delle conseguenze in caso di mancato rinnovo della concessione demaniale per cause non imputabili all'Ente; oppure delle scelte di indennizzo per il concessionario uscente in favore di un potenziale subentrante<sup>162</sup>.

Sempre nell'ambito della documentazione tecnica sarà necessario presentare il «modello D1» (c.d. catasto demaniale)<sup>163</sup>. In tale documento dovranno essere riassunte tutte le necessarie informazioni per la corretta individuazione spaziale della concessione e della sua qualificazione tipologica.

---

dell'offerta indicati in precedenza). A tale progetto dovranno infine essere allegati i grafici progettuali dell'area oggetto di concessione e gli eventuali interventi previsti nella stessa, come: qualità di impianti e manufatti oggetto di manutenzione esistenti, ed oggetto di eventuale nuova costruzione, se ed in quanto ammissibili, da valutarsi anche con riferimento al pregio architettonico ed ambientale; corografia generale su carta tecnica regionale in scala; planimetria dell'area in scala; elementi dello stato di fatto e dello stato di progetto (se necessario) in scala; viste fotografiche dell'esistente stato di fatto. Al progetto dovrà inoltre essere allegato un computo metrico estimativo delle eventuali opere e/o strutture da realizzare od oggetto di manutenzione sull'area in concessione.

<sup>161</sup> Inoltre, possono indicarsi per le concessioni turistico ricreative, quello di fornire gratuitamente, per l'area di relativa pertinenza, la pulizia, la sorveglianza, il salvamento e la presenza di servizi igienici; organizzare le gestioni; provvedere all'acquisto e collocazione della segnaletica a mare e di sicurezza, nonché delle pedane per l'accesso al mare dei disabili; consentire il libero uso dei servizi igienici, spogliatoi e docce a tutti i frequentatori della spiaggia, anche se i medesimi non usufruiscono dei servizi relativi al noleggio sedie sdraio ed ombrelloni; assicurare, attraverso appositi varchi, il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche ai fini della balneazione.

<sup>162</sup> Per esempio la previsione che il concessionario avrà diritto al solo riconoscimento del valore degli interventi strutturali e funzionali aggiuntivi a quelli ordinari non ancora compensati, proposti in sede di gara e positivamente valutati in relazione ai criteri fissati e preventivamente autorizzati e concordati con l'Ente.

<sup>163</sup> Reperibile sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il bando di gara, infine, potrà stabilire la durata del rapporto concessorio, il relativo periodo di vigenza nonché da quale momento la concessione demaniale "appaltata" avrà decorrenza<sup>164</sup>.

## §§

---

<sup>164</sup> Anche se questa possibilità viene sostanzialmente limitata alle assegnazioni che attengono a gestioni strutturate o per le quali sia possibile definire un piano economico finanziario chiaro in funzione dell'introito da ritrarre.