

Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*

DI FRANCESCA DI LASCIO

SOMMARIO: 1. L'oggetto della decisione e i profili di interesse; 2. Lo sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali marittimi; 3. La scelta del concessionario secondo canoni concorrenziali; 4. Il diritto di insistenza alla luce dei principi comunitari; 5. Concessioni demaniali marittime e forme "atipiche"; 6. Conclusioni.

1. *L'oggetto della decisione e i profili di interesse.*

Con la sentenza del 9 gennaio 2009 n. 12 il T.A.R. Lazio si è pronunciato sul ricorso presentato da una società a responsabilità limitata contro il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Capitaneria di Porto, contro un'altra società e contro alcune persone fisiche per la mancata apertura alla partecipazione degli interessati delle procedure di rinnovo e subentro in una concessione demaniale marittima. La pretesa del ricorrente verte, in specie, sull'annullamento di due atti, il rinnovo della concessione, avvenuto nel momento della sua scadenza in favore delle eredi dell'originario concessionario, e la licenza di subingresso con cui la Capitaneria di Porto ha legittimato il subentro di una nuova società nel medesimo rapporto. In entrambi i casi, l'amministrazione concedente ha proceduto senza indire una procedura comparativa, né ha dato pubblicità alle istanze ricevute dai richiedenti con riferimento al rinnovo e al subingresso nella concessione.

A riguardo, il T.A.R. ha ritenuto che le autorizzazioni al subingresso in concessioni demaniali marittime sono attività di rilevanza economica, oggetto di contratto da stipulare con l'amministrazione competente (nel caso di specie, la Capitaneria di Porto) e che, come tali, devono sempre sottostare alle regole ed ai principi comunitari posti a tutela della concorrenza. In particolare, questo deve avvenire con riferimento agli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza, la cui *ratio* può essere rinvenuta nella volontà di garantire la possibilità di ciascun concorrente di avere notizia della procedura comparativa in essere e, conseguentemente, di dimostrare il suo interesse a prendervi parte.

La decisione presenta diversi aspetti spunti meritevoli di approfondimento.

In primo luogo, pone l'attenzione sul potenziale valore economico insito nello sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali quando oggetto di concessione in uso speciale a privati. Da questo, invero, deriva la naturale conseguenza alla creazione di "mercato" delle attività svolte grazie alla medesima concessione.

* Pubblicato su Il Foro amministrativo – TAR, 2009, 3, p. 787 e ss.

In secondo luogo, e data la precedente affermazione, la sentenza ribadisce la necessità di applicare meccanismi trasparenti ed imparziali nella fase di scelta dei concessionari, applicando i principi comunitari posti a tutela della concorrenza, anche alla luce del fatto che le previsioni normative di riferimento nel settore prevedono, accanto a procedure competitive per la scelta del concessionario, altri istituti che vanno in direzione opposta (come, ad esempio, il rinnovo automatico delle concessioni).

In terzo luogo, consente di evidenziare la tendenza della realtà fattuale ad una certa diversificazione delle forme assunte dai rapporti concessori rispetto ai modelli previsti dalle disposizioni del codice della navigazione ¹, dal suo regolamento attuativo ² e dalle altre previsioni inerenti il demanio marittimo. Questo rileva specialmente con riferimento al rinnovo delle concessioni, al subentro nelle medesime e al subingresso di terzi nello svolgimento di alcune attività oggetto del rapporto instaurato tra l'originario concessionario e l'amministrazione concedente.

2. Lo sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali marittimi.

Nel descrivere il rapporto che può intercorrere tra l'utilizzazione economica dei beni pubblici e la loro fruizione collettiva, intendendo con la prima l'ipotesi in cui un certo bene sia per l'amministrazione cui appartiene fonte di entrate oppure sia gestito con modalità che consentono la produzione di ricavi, la dottrina individua, tra gli altri, un modello nel quale il bene è suscettibile di usi economici "collaterali", compatibili con la sua destinazione pubblica ³. Si tratta della tipologia di usi definiti "speciali", che non sottraggono i beni alla loro destinazione naturale, pur potendo diminuirne temporaneamente o quantitativamente la disponibilità ⁴.

Con riferimento al demanio marittimo, l'evoluzione delle predette modalità di utilizzo dei beni è particolarmente evidente rispetto all'uso c.d. turistico – ricreativo, dove è la stessa attitudine del territorio costiero ad essere sfruttato per fini d'impresa ad accrescerne la percezione di "risorsa economica" di interesse per i privati ⁵. Nell'ambito considerato, quindi, si assiste, non diversamente da quanto avvenuto con riguardo ad altre tipologie di beni pubblici, ad un'evoluzione "dinamica" verso forme nuove di fruizione e valorizzazione dei medesimi beni, che si affiancano a quelle tradizionali volte alla loro tutela "statica" ⁶. Questa tendenza,

¹ Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327.

² Decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328.

³ Vedi V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano, 2004, p. 24, che richiama, nella casistica variegata cui corrisponde il modello in questione, anche gli stabilimenti balneari e gli altri impianti turistici sulle spiagge demaniali.

⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 58.

⁵ Sul tema, vedi L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, 1, p. 157 e ss.

⁶ Cfr. C. ANGELONE, *Le nuove funzioni del comune sul demanio marittimo e nel mare territoriale: modalità di esercizio e profili applicativi*, in *AA.VV.*, *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni*,

come si vedrà, ha avuto riflessi sia sul contenuto dei provvedimenti legislativi atti a regolare gli usi del demanio marittimo, sia sui modi di esercizio delle funzioni amministrative connesse alla sua gestione, il cui assetto concreto, è bene ricordare, è stato fortemente influenzato dalla riforma costituzionale del 2001⁷.

In generale, gli usi speciali dei beni pubblici possono presentare due vantaggi: sono suscettibili di produrre per la collettività benefici e agevolazioni nella fruizione del bene⁸ e, allo stesso tempo, consentono di remunerare l'amministrazione titolare del medesimo bene, in specie se i concessionari corrispondono al concedente canoni in qualche misura commisurati alla redditività delle attività imprenditoriali svolte in ragione della concessione ottenuta.

Quanto al primo aspetto, si pone il problema, dibattuto in dottrina, della compatibilità tra l'uso collettivo e l'uso individuale nel momento in cui questi incidono e si sviluppano sulla stessa porzione di bene pubblico⁹.

Si tratta di un profilo che, in relazione al demanio marittimo, è assunto a principio generale, in attuazione del disposto codicistico di cui all'art. 823, co 1.¹⁰ L'art. 36 cod. nav. stabilisce, infatti, che la concessione di occupazione ed uso "anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo" deve avvenire "compatibilmente con le esigenze del pubblico uso". L'uso particolare dei beni demaniali marittimi, quindi, non deve mai impedirne l'uso generale, che può solo essere limitato secondo quanto indicato dalla concessione, sia in relazione alla durata nel tempo, sia con riferimento alla definita

ai Comuni, Milano, 2002, p. 21. Nello stesso volume, vedi anche F. G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, p. 15 e ss. In generale, sui mutamenti socio-economici e normativi che hanno condizionato l'evoluzione della disciplina del demanio marittimo, vedi M. L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990, p. 2 e ss. e M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.*, 2004, 2, p. 365 e ss. Vedi anche dello stesso AUTORE, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, e M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

⁷ Il riparto di competenze legislative ed amministrative, come articolato dopo la riforma del Titolo V e sulla base dell'interpretazione data dalla Corte costituzionale con le sentenze 10 marzo 2006 n. 89 e 10 marzo 2006 n. 90, è tratteggiato da M. OLIVI, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali e titolarità del bene e titolarità delle funzioni*, in *Foro Amm.*, CdS, 2006, 9, p. 2423 e ss.

⁸ M. S. GIANNINI, cit., p. 114, ricorda, ad esempio, che seppure l'impianto di uno stabilimento balneare non interessa direttamente la funzionalità pubblica del bene, essendo "solo una comodità per i bagnanti" e non costituendo "la sostanza del godimento collettivo" del medesimo bene, la sua presenza rende meglio attrezzato il tratto di arenile per uno dei possibili usi della spiaggia.

⁹ M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, cit., p. 94 e ss.

¹⁰ Ricorda, infatti, M. RENNA, *Beni pubblici* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 717, che "soltanto le norme di settore possono prevedere la costituzione di diritti a favore di terzi sui beni demaniali, stabilendone <<modi>> e <<limiti>>" e che "queste norme, salvo rare eccezioni, non consentono alle amministrazioni di ricorrere a strumenti privatistici...ma le vincolano all'utilizzo di provvedimenti amministrativi, segnatamente di provvedimenti concessori".

porzione di bene riguardo alla quale si configura la situazione soggettiva di vantaggio del concessionario rispetto alla collettività¹¹.

Da ciò consegue, ad esempio, la potestà dell'amministrazione concedente di definire la destinazione d'uso dei beni ad essa pertinenti con specifici atti di programmazione ma anche con decisioni puntuali assunte rispetto a casi concreti, senza che questo possa configurare legittime pretese dei privati interessati alla gestione dei medesimi beni. Infatti, *"in sede di valutazione dell'interesse <<demaniale>>, cioè dell'interesse pubblico a che il bene non sia sottratto al suo normale uso generale ("pubblico" ex art. 36 cod. nav.)"* l'amministrazione competente può *"considerare e valutare tutti gli interessi pubblici specifici che...interferiscono...sull'uso individuale a base della richiesta di concessione"*. A seguito di questa ponderazione, l'uso eccezionale, affinché sia legittimamente consentito, deve mostrarsi compatibile con tutte le esigenze pubblicistiche che insistono sull'area demaniale richiesta in concessione, tra cui assumono un rilievo preponderante gli interessi di ordine ambientale e paesaggistico¹².

La scelta dell'amministrazione circa la destinazione d'uso dei beni demaniali è, dunque, soggetta ad un'ampia discrezionalità, il cui esercizio diviene maggiormente rilevante nel momento in cui la finalizzazione dell'area demaniale viene definita con provvedimento puntuale sulla base di più istanze private.

Sono, infatti, ritenuti non immediatamente lesivi atti amministrativi generali volti a regolare il rilascio delle concessioni demaniali marittime, perché di contenuto e valore programmatico, potendosi concretizzare una lesione solo a fronte di decisioni o provvedimenti puntuali dell'amministrazione¹³. Diversamente, è annullabile la concessione di un tratto di demanio marittimo, assunta successivamente alla comparazione di più istanze, se avviene sulla base di presupposti errati, conseguenti ad una valutazione non corretta dei contenuti delle richieste pervenute

¹¹ S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela.*, Milano, 1967, p. 156-157, con riferimento agli usi eccezionali che escludono l'uso collettivo del bene, afferma che *"effetto della concessione è solo la costituzione di un diritto di godere alcune utilità del bene"* e, inoltre, la concessione non *"ha ad oggetto ogni forma di utilizzazione del bene"* poiché, a fronte della sussistenza della riserva ex art. 42 Cost. anche nei confronti dei concessionari, *"la concessione ha quindi ad oggetto solo certe utilizzazioni del bene, oltre le quali il concessionario non può andare"*.

¹² Cfr. Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 572, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui viene considerato legittimo il diniego di concessione demaniale marittima giustificato dall'opportunità di preservare l'uso generale del bene, sito in area di interesse comunitario ai sensi del d.m. 3 aprile 2000, mediante il mantenimento del tratto di litorale interessato a spiaggia libera nonostante gli atti di pianificazione generale adottati abbia di norma consentito l'insediamento di stabilimenti balneari. In generale, sulla tutela ambientale delle coste, vedi E. IMPARATO, *La tutela delle coste. Ordinamenti giuridici in Italia e in Francia*, Napoli, 2006, particolarmente per i temi oggetto della decisione riportata p. 47 e ss.

¹³ Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 571, in www.giustizia-amministrativa.it.

da cui deriva, a sua volta, una motivazione non corretta del provvedimento adottato¹⁴.

La discrezionalità amministrativa nella scelta del concessionario incontra alcuni limiti e criteri guida nell'art. 37 cod. nav., che disciplina il procedimento nel caso in cui si presenti il concorso di più domande per l'ottenimento della medesima concessione. Si tratta di una previsione applicabile in linea generale a tutte le concessioni demaniali marittime, salve ulteriori indicazioni desumibili da altre disposizioni settoriali che, in vario modo, la specificano ed integrano.

L'art. 37, co. 1, impone, in particolare, di preferire "il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione" e che, a giudizio dell'amministrazione, intenda avvalersi della stessa per un uso rispondente al "più rilevante interesse pubblico" tra quelli emergenti da ciascuna istanza. Se pare indiscutibile che il secondo criterio attenga necessariamente alla sfera di autonoma scelta dell'amministrazione concedente e che, dunque, valgano in proposito gli orientamenti già riportati, occorre chiarire in che modo il primo principio funga da vincolo nella scelta amministrativa.

Il proficuo utilizzo della concessione è, innanzitutto, riferibile al valore imprenditoriale della stessa, come desumibile dal canone che l'amministrazione impone al concessionario per la durata del rapporto, la cui misura deve essere proporzionata al beneficio economico che il privato trae dallo sfruttamento del bene pubblico e all'effettiva utilità che lo stesso produce¹⁵.

In generale, nel nostro sistema, sussiste una diffusa inadeguatezza dei canoni alla redditività attuale e potenziale delle concessioni. L'analisi dei criteri di determinazione dei canoni per i singoli settori di beni e servizi evidenzia, infatti, come i corrispettivi pagati dai concessionari siano inferiori a detto valore, 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 vigilanza¹⁶.

Nel caso delle concessioni di demanio marittimo, particolarmente se finalizzate all'esercizio delle attività c.d. turistico ricreative di cui all'art. 01 del d. l. n.

¹⁴ Cons. St., sez V, 17 aprile 2003, n. 2014, in www.giustizia-amministrativa.it, richiamata anche da G. DELLA CANANEA, *I beni*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005, p. 135, con riferimento alla scelta sulla destinazione d'uso dei beni a fruizione collettiva.

¹⁵ In tal senso, è legittima una previsione regionale che, regolando le concessioni di coltivazione delle acque minerali con annesso stabilimento di imbottigliamento, commisura il canone dovuto anche alla quantità di acque prelevate ed imbottigliate dal concessionario. L'utilizzo del solo criterio superficario, infatti, potrebbe non essere sufficiente nel determinare l'effettivo valore economico della concessione, poiché ad una superficie assentita di ridotte dimensioni può corrispondere un bacino imbrifero di grandi dimensioni e viceversa. Cfr. sentenza Corte cost., 7 marzo 2001, n. 65, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁶ 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, p. 286 e ss., nonché, dello stesso AUTORE (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, serie Temi e problemi, 1998, 8, Roma.

400/1993 (conv. dalla l. n. 494/1993)¹⁷, il problema della proficua utilizzazione economica ha assunto connotati estremamente peculiari, sia in ragione della tormentata sequenza normativa che dal 1993 ad oggi ha interessato la determinazione della misura dei canoni concessori ed il loro introito¹⁸, sia in ragione delle criticità rilevate rispetto al procedimento di riscossione dei medesimi canoni¹⁹.

Entrambi i profili sono stati oggetto della delibera della Corte dei conti - Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, n. 29-2008-G del 19 dicembre 2008, relativa alla *"La riscossione dei canoni nelle concessioni del demanio marittimo"*, da cui emerge, ad esempio, che i canoni per le concessioni con finalità turistico-ricreativa e per nautica da diporto non sono direttamente commisurati alla redditività della medesima concessione. Il loro ammontare deriva, infatti, dalla qualificazione della "valenza turistica" (alta o normale) del tratto di demanio costiero, effettuata dalla regione su cui l'area insiste. Alla predetta classificazione si collega l'applicazione di tabelle che individuano i canoni rispetto ai metri quadri della superficie concessa; questa misura, a sua volta, è differenziata a seconda che la stessa sia area scoperta, con opere amovibili o di facile rimozione, con opere inamovibili o di difficile rimozione o, infine, con specchi acquei²⁰. Se, invece, le concessioni sono comprensive di pertinenze demaniali marittime destinate ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi, (con ciò facendo riferimento alle costruzioni ed opere indicate dall'art. 29

¹⁷ Si tratta della gestione di stabilimenti balneari (a), della somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio (b), del noleggio di imbarcazioni e natanti in genere (c), della gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive (d), di esercizi commerciali (e) e di servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione (f).

¹⁸ Nella delibera della Corte dei conti - Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato-, n. 29-2008-G del 19 dicembre 2008, relativa a *"La riscossione dei canoni nelle concessioni del demanio marittimo"*, su cui *infra*, si legge che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, *"elaborando una serie di dati censiti dal S.I.D. (n.d.r., Sistema Informativo del Demanio), ha ritenuto attendibile una proiezione per il 2003, 2004 e 2005, sintetizzando i risultati della quale si arriva ad un introito totale dei canoni intorno ai 35 milioni, per oltre l'80% relativi a concessioni turistico-ricreative, per un totale di concessioni di circa 23.000, di cui poco meno di 19.000 turistico-ricreative"* (vedi nota 46, p. 56). Questo conferma la grande rilevanza assunta dalla tipologia di concessioni in esame sul totale di quelle rilasciate in relazione a beni del demanio marittimo nel complesso.

¹⁹ A riguardo, vedi, A. CLARONI, *Incidenza delle proprietà dei beni del demanio marittimo sulla determinazione e riscossione dei relativi canoni di concessione*, in *Dir. trasp.*, 2005, p. 610 e ss., con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 28 luglio 2004, n. 286 in cui è ribadito il principio per il quale la potestà di imposizione e riscossione dei canoni sui beni pubblici spetta al soggetto che ne detiene la titolarità (lo Stato), non rilevando a tal fine che la competenza sull'utilizzo e gestione dei medesimi beni sia posta in capo ad un altro soggetto (le regioni). L'orientamento conferma quanto già espresso con le sentenze 9 agosto 1995, n. 343, e 14 maggio 2003, n. 150, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Si tratta della disciplina contenuta nell'art. 1, co. 252, della legge n. 296/2006, Legge finanziaria 2007.

cod. nav.) *“il canone è determinato moltiplicando la superficie complessiva del manufatto per la media dei valori mensili unitari minimi e massimi indicati dall’Osservatorio del mercato immobiliare per la zona di riferimento...Qualora i valori dell’Osservatorio del mercato immobiliare non siano disponibili, si fa riferimento a quelli del più vicino comune costiero rispetto al manufatto nell’ambito territoriale della medesima regione”* (art. 251, co. 1, l. n. 296/2006) ²¹.

Solo in quest’ultima ipotesi, quindi, la proficua utilizzazione della concessione è stata intesa dal legislatore come direttamente connessa all’andamento del mercato, anche se il riferimento indicato è al settore immobiliare e non, invece, a quello delle attività oggetto della concessione che, attraverso l’uso del bene pubblico e delle pertinenze a questo connesse, il privato può esercitare ²².

D’altro canto, tornando all’assunto da cui si è partiti, per il quale la ponderazione degli interessi sottesi al rilascio della concessione attiene alla sfera discrezionale dell’amministrazione competente, nulla vieta che, nel bilanciamento tra l’utilizzo proficuo del bene demaniale e l’interesse pubblico a questo sotteso, la stessa ritenga ragionevole *“sacrificare entrate teoriche per realizzare interessi generali indiretti”*. In tal modo, la scelta pubblica nega che *“il valore del canone possa essere stimato con criteri di valutazione meramente economici”* e ammette, invece, che, nell’opzione circa la destinazione d’uso del bene, la soddisfazione di finalità sociali espresse dalla collettività territoriale di riferimento prevalga sull’utilità economica ricavabile dal bene ²³. In quest’ottica, si colloca, ad esempio, l’art. 1, co. 254, della l. n. 296/2006 (finanziaria 2007), che impone alle regioni, in fase di predisposizione dei piani di utilizzo del demanio marittimo, di individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a privati e gli arenili liberamente fruibili e di

²¹ Vedi la relazione allegata alla delibera 29-2008-G della Corte dei conti, in specie par. 4.1, p. 25 e ss., reperibile su www.corteconti.it. Si rinvia al documento anche per l’ampia disamina ivi svolta circa le principali criticità emergenti complessivamente rispetto alle concessioni di demanio marittimo con finalità turistico – ricreative. Si segnala, infine, che le nuove regole di determinazione dei canoni sono state oggetto di alcune sentenze che, seppure concordi nel rilevare i ricorsi inammissibili per difetto di giurisdizione, sono sintomatiche della conflittualità che il sistema delineato dalla legge finanziaria 2007 ha accentuato nei rapporti tra operatori di settore e amministrazioni deputate all’imposizione e riscossione dei canoni. Vedi T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 marzo 2008, n. 2620; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 marzo 2008, n. 2621; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 marzo 2008, n. 2623, reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

²² La riforma contenuta nella legge finanziaria 2007 ha, peraltro, inasprito il contenzioso legale anche riguardo all’esatta qualificazione delle pertinenze demaniali marittime destinate ad attività imprenditoriali per le quali è prevista l’applicazione del canone legato ai richiamati valori OMI. In particolare, è stata ritenuta priva del carattere imprenditoriale, e quindi erroneamente inserita nella predette categoria, la concessione rilasciata per la costruzione di manufatti ad uso residenza estiva, classificabile invece come area occupata da impianti di difficile rimozione. Vedi T.A.R. Lazio, sez. II ter, 31 marzo 2009, n. 3472, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³ Cfr. sentenza Corte conti, sez. giur., Toscana, 23 maggio 2005, n. 288, in www.corteconti.it, che aveva ad oggetto la determinazione dei canoni a livelli non di mercato nella concessione di un impianto sportivo polivalente affidato ad associazioni senza fini di lucro e da queste gestito quale centro di aggregazione della popolazione anziana del comune.

definire i modi e la collocazione dei varchi necessari a consentire, anche a fini di balneazione, il libero e gratuito accesso e transito sulla battigia antistante l'area compresa nella concessione.

3. *La scelta del concessionario secondo canoni concorrenziali.*

Le argomentazioni sinora svolte consentono di tornare sul contenuto della sentenza T.A.R. Lazio n. 12/2009 e sulla qualificazione che la decisione fa delle attività oggetto della concessione demaniale marittima, ritenute "di rilevanza economica" e, come tali, suscettibili di far scattare la necessaria applicazione dei principi comunitari sulla concorrenza (da cui deriva l'illegittimità delle procedure di affidamento svolte con modalità non conformi agli stessi principi).

La decisione conferma, come si vedrà, un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa²⁴ che, peraltro, è in sintonia con la posizione assunta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, intervenuta sulle possibili distorsioni al corretto funzionamento del mercato derivanti, in generale, dall'uso delle concessioni amministrative e, nello specifico, dall'impianto normativo che regola le concessioni di demanio marittimo con finalità turistico-ricreative.

Già nel 1998, infatti, l'Autorità ha posto in luce che l'ampio utilizzo dei regimi concessori, nel nostro ordinamento non trova sempre riscontro in esigenze di interesse generale, le sole in grado di giustificare la presenza di un intervento pubblico suscettibile di incidere sul sistema concorrenziale²⁵. Le concessioni amministrative, infatti, sono atti e contratti "delle pubbliche amministrazioni che consentono ai privati di esercitare diritti in relazione a vicende che sarebbero per loro totalmente indisponibili. Si tratta di diritti che vengono concessi ai privati in ordine a beni e ad attività che sono sostanzialmente riservate a pubblici poteri"²⁶. In particolare, il privato ha come obiettivo primario l'esercizio di attività d'impresa ma, se la concessione ha ad oggetto la gestione di servizi pubblici, la predetta attività avviene in modo diretto; se l'oggetto dell'atto è un bene pubblico, invece, questo diventa il mezzo attraverso cui il concessionario assume il diritto di svolgere la sua attività, diversamente preclusa. Per questo la dottrina ha parlato di "concessioni di produzione", in cui il bene pubblico diviene mezzo per la realizzazione dell'impresa²⁷, nonché di "concessioni su beni pubblici" invece che di

²⁴ Per una ricostruzione della giurisprudenza sul diritto di insistenza e, più in generale, sul demanio marittimo, vedi C. ANGELONE – G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999, in specie p. 51 e ss.

²⁵ Vedi il parere AGCM del 28 ottobre 1998, pubblicata nel Bollettino 2 novembre 1998, n. 42, in www.agcm.it.

²⁶ M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, cit., p. 284.

²⁷ L'espressione è tratta da M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 116.

“concessioni di beni pubblici”, dando evidenza all’attività imprenditoriale che si può esercitare sul bene solo tramite la concessione ²⁸.

Riguardo al demanio marittimo, peraltro, si è precisato che, quando oggetto della concessione è l’uso del suolo “*quale ambito spaziale dell’attività del concessionario*” (senza, ad esempio, fini estrattivi, come avverrebbe per la localizzazione di uno stabilimento adibito alla raccolta del sale marino), è più opportuno tornare alla nozione generale di concessione di bene, anche in considerazione del fatto che qui “*l’interesse pubblico attiene all’esserci di queste attività dei privati, non alle attività in quanto tali*” ²⁹.

In entrambe le fattispecie rileva il fatto che, essendo la concessione l’atto mediante cui si realizza la deroga all’uso collettivo del bene, con previsione di privilegi in capo al concessionario e conseguente rottura del principio di uguaglianza, diviene fondamentale il modo con cui l’amministrazione concessionaria opera la propria scelta.

In proposito, l’AGCM ha rilevato come le criticità di tale sistema derivino dal fatto che le concessioni di beni, in luogo di regolare solamente l’uso del bene concesso, si spingano sovente sino a disciplinare profili direttamente connessi con l’attività di impresa svolta sul medesimo bene. Questa tendenza ha come conseguenza l’esercizio di poteri amministrativi che restringono in modo discrezionale l’accesso al mercato e, al contempo, la definizione di una posizione di privilegio per le imprese concessionarie ³⁰.

Si tratta di profili sussistenti in modo evidente nelle norme che regolano le concessioni di demanio marittimo, come peraltro evidenziato dall’Autorità in un noto parere ³¹.

In particolare, paiono suscettibili di generali restrizioni nell’accesso al mercato le previsioni di cui all’art. 37, co. 2, cod. nav. e all’art. 1, co. 2, del d.l. n. 400/1993. Il primo prevede il c.d. diritto di insistenza del concessionario, nel momento in cui stabilisce che è “*data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*”. La seconda disposizione, invece, 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*”, fatto salvo il diritto di revoca, totale o parziale, rimesso alla discrezionalità dell’amministrazione concedente ai sensi dell’art. 42 cod. nav.

²⁸ Vedi ancora M. D’ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, cit., p. 285.

²⁹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 118.

³⁰ Vedi il parere AGCM del 28 ottobre 1998, cit., p. 32, richiamato da M. A. SANDULLI, *L’accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell’imprenditorialità dell’iniziativa*, relazione al convegno “*Il modello italiano della portualità turistica: prospettive di sviluppo*” (12-13 settembre 2008), in www.diritto.it, par. 3.

³¹ Vedi la segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, pubblicata nel Bollettino n. 39 del 12 novembre 2008, reperibile in www.agcm.it.

L'impianto normativo che ne deriva non sancisce, quindi, l'obbligo generalizzato di ricorso a procedure competitive ispirate ai criteri di trasparenza e pubblicità, come desumibili dal Trattato sull'Unione europea ma, anzi, prevedendo ipotesi di favore nei riguardi del vecchio concessionario, sia in fase di rilascio delle concessioni che in fase di rinnovo, non permette l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dai partecipanti alla selezione. Per questo, l'Autorità ha auspicato l'"eliminazione di tutti quegli elementi che possano comunque avvantaggiare a priori il precedente concessionario indipendentemente dal contesto concorsuale".

L'interpretazione giurisprudenziale è estremamente importante per delineare (in assenza di una revisione del disposto normativo, da più parti auspicata, che generalizzi, tra l'altro, anche il principio della gara per l'affidamento delle concessioni ³²), quale siano i criteri per ritenere il diritto di insistenza compatibile con il diritto comunitario.

Innanzitutto, poiché il diritto di insistenza consiste nell'interesse del privato ad essere preferito rispetto ad altri aspiranti, questo configura un limite al potere dell'amministrazione di individuare discrezionalmente "il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione" (art. 37, co. 1, cod. nav.). Si è ritenuto, quindi, che lo stesso debba essere espressamente riconosciuto in una fonte legislativa o, almeno, contrattuale ³³. Nel primo caso, l'attività dell'amministrazione, guidata dal disposto normativo, pare sostanzialmente vincolata (come avviene in effetti sulla base del cod. nav. per il demanio marittimo), ma nella seconda ipotesi le parti pongono in essere un'attività negoziale in cui le relative volontà si incontrano e sanciscono, nel contratto accessorio alla concessione, il diritto di insistenza. Pare, però, un depotenziamento eccessivo della posizione giuridica del concessionario il mancato invito alla trattativa privata previa

³² In generale, riguardo alla necessità di revisione della disciplina codicistica sui beni pubblici, vedi le proposte della Commissione c.d. Rodotà, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 21.06.2007 con l'incarico di elaborare uno schema di legge delega contenente i principi ed i criteri direttivi per una possibile riforma delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. La Commissione ha concluso i suoi lavori ad inizio 2008. In merito, vedi i materiali contenuti nel già citato U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, nonché E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in Pol. dir, 2008, 3, p. 531 e ss. In dottrina, vedi le considerazioni di S. CASSESE, *Conclusioni*, in Annuario AIPDA, cit., p. 379 e ss., e A. ROMANO TASSONE, *Conclusioni*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 703 e ss. Con riferimento al demanio marittimo, anche se con riguardo ai profili inerenti la determinazione ed introito dei canoni, vedi le conclusioni della delibera della Corte dei conti, n. 29-2008-G del 19 dicembre 2008, cit., nonché le opzioni regolatorie indicate dal gruppo di lavoro e ricerca costituito per lo svolgimento di una Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sulla *Determinazione dei canoni delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative* presso l'Università degli Studi "Roma Tre", in [www.http://www.dipesroma3.eu/dripea/?Attivit%E0](http://www.dipesroma3.eu/dripea/?Attivit%E0).

³³ Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764, in www.giustizia-amministrativa.it nonché in Foro Amm. CdS, 2003, 2, con nota di L. R. PERFETTI, « *Diritto di insistenza* » e *rinnovo della concessione di pubblici servizi*», p. 621 e ss.

gara ufficiosa volta al nuovo affidamento della concessione sulla base della mancata previsione espressa del diritto in questione nelle fonti richiamate³⁴.

Quanto alla configurazione del diritto di insistenza, la giurisprudenza ha chiarito come non sia configurabile quale vero e proprio diritto soggettivo al rinnovo, imponendo il solo diritto del concessionario uscente di *“essere preferito a parità di condizioni di fronte a nuovi aspiranti alla concessione, sempre che l’Amministrazione non ravvisi elementi preclusivi alla concessione di tale favor (il che impone alla P.A. soltanto di motivare adeguatamente la propria scelta...)”*³⁵. È, quindi, lesiva della concorrenza l’applicazione di un valore percentuale al diritto di insistenza che invece deve essere ponderato, in fase di valutazione delle offerte, insieme agli altri criteri soggettivi ed oggettivi richiesti. Così facendo, il predetto diritto non viene considerato sulla base dell’accertata equivalenza delle offerte bensì in un momento a questa precedente³⁶.

In tal senso, affinché il diritto di insistenza possa venire in rilievo, occorre la preventiva comparazione di più domande sulla medesima concessione. Infatti, soltanto dopo aver accertato l’equiordinazione delle istanze pervenute, in termini sia quantitativi che qualitativi, è possibile affermare la posizione di vantaggio del concessionario uscente³⁷. Per questo, si può dire che sia proprio l’esperimento della gara per la scelta del concessionario, comportando l’effettiva comparazione tra più progetti di gestione del medesimo bene demaniale, a permettere l’applicazione del *favor* legislativamente ammesso per uno dei concorrenti. Pertanto, posto che, comunque, la necessità di garantire la selezione del concessionario sulla base di procedure comparative è imposta *“dall’esigenza di interpretare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, d’imparzialità e di trasparenza”*³⁸, la scelta dell’amministrazione di operare in tal senso non costituisce una illegittima compressione del diritto del precedente concessionario.

Detta posizione riceve, per contro, indiretta tutela nell’ipotesi in cui gli altri concorrenti non siano titolari *“in proprio di una posizione soggettiva che consenta di aspirare all’assegnazione dei beni demaniali”*, non essendo qualificabili come operatori direttamente concorrenti coloro che non hanno partecipato *“a/*

³⁴ Vedi S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e <<diritto di insistenza>>*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 4, p. 357.

³⁵ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 22 gennaio 2001, n. 134, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Vedi la già citata segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, pubblicata nel Bollettino n. 39 del 12 novembre 2008, reperibile in www.agcm.it, con riferimento alle previsioni di cui alla l. r. 13 novembre 2006, n. 22 della Regione Friuli Venezia Giulia ed al d.P.R. 9 ottobre 2007, n. 320 della medesima Regione, con cui è stato previsto il piano di utilizzo del demanio marittimo.

³⁷ Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, che richiama quale precedente Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 417, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Vedi sempre Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825. Sul rapporto tra diritto di insistenza e principi comunitari vedi il paragrafo successivo.

procedimento pubblico aperto per il rilascio della concessione” (nonostante lo stesso sia stato oggetto di un’ampia pubblicità, volta a garantire la possibilità di manifestare interesse per l’assegnazione della concessione ³⁹⁾ oppure, coloro che sono in difetto dei requisiti oggettivi e soggettivi prescritti dalla gara ⁴⁰⁾.

Questi ultimi, in specie, devono essere oggetto di un corretto bilanciamento da parte dell’amministrazione che intende assegnare la concessione demaniale. È, infatti, illegittima l’assegnazione di un peso sproporzionato ai requisiti soggettivi, tale da colmare differenze tecniche anche considerevoli e traducibili *“perfino nella completa mancanza di garanzie del raggiungimento di alcuni degli obiettivi indicati dall’amministrazione, il più significativo dei quali è quello stesso della proficua utilizzazione della concessione”* ⁴¹⁾. La potenziale lesione della concorrenza insita nella previsione di *favor* fondati sul possesso di taluni requisiti soggettivi è stata evidenziata anche dall’AGCM che, ad esempio, ha ritenuto, con riferimento alle attività di pesca e acquicoltura, che *“la sola natura giuridica del soggetto titolare della concessione non possa giustificare la diversità dei canoni concessori in vigore”* a fronte della medesima attività svolta. La differenza dei canoni concessori, infatti, *“appare in grado di incidere in misura disomogenea sui costi delle società cooperative e delle imprese non associate, risultando potenzialmente in grado di alterarne la capacità competitiva”* ⁴²⁾.

4. Il diritto di insistenza alla luce dei principi comunitari.

Il richiamo della sentenza T.A.R. Lazio n. 12/2009 circa la necessaria applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza, si inserisce in un orientamento ormai condiviso dalla giurisprudenza amministrativa ma anche dalla dottrina e, come si è visto, dall’AGCM e dalla Corte dei conti.

In tal senso, un primo elemento di rilievo è dato dalla valenza condivisa dei principi generali relativi ai contratti pubblici (trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità) e di quelli desumibili dal Trattato anche per contratti e fattispecie diverse da quelle indicate nel d.lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice dei contratti pubblici)⁴³⁾ ma potenzialmente in grado di

³⁹⁾ Sul tema, vedi Corte. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04, in <http://curia.europa.eu>.

⁴⁰⁾ Vedi Cons. St., 25 gennaio 2008, n. 202. Nello stesso senso, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 7 agosto 2008, n. 1940, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹⁾ T.A.R. Toscana, 25 agosto 2008, n. 1888 in www.giustizia-amministrativa.it. Nella fattispecie, che ha ad oggetto l’assegnazione in concessione di alcune spiagge attrezzate, la rilevata illogicità del bando di gara è evidente poiché i sottocriteri volti alla valutazione dei requisiti soggettivi (peraltro non presenti, né ricavabili dal predetto bando) sono stati definiti dalla commissione solo dopo che la stessa aveva conosciuto l’identità dei concorrenti. In merito, la giurisprudenza è costante nel ritenere che una tale procedura incrina il carattere necessariamente imparziale della selezione (vedi, ad esempio, Cons. St., sez. V, 12 giugno 2007, n. 3136 citata nella decisione in esame).

⁴²⁾ Vedi segnalazione AS482 del 23 ottobre 2008, pubblicata nel Bollettino n. 39 del 12 novembre 2008, reperibile in www.agcm.it.

⁴³⁾ Del quale vedi, in particolare, l’art. 30, co. 3 e 4.

attivare un interesse concorrenziale (come avviene, appunto, per le concessioni di beni pubblici suscettibili di sfruttamento imprenditoriale).

I principi del Trattato europeo, infatti, impongono forme di pubblicità dell'agire amministrativo che sono *"direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno opposto"*; inoltre, *"i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e self-executing dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate...da specifiche disposizioni comunitarie volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata"* ⁴⁴.

Nella comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000⁴⁵ viene, inoltre, ribadito che le norme del Trattato atte a garantire il buon funzionamento del mercato unico sono, in generale, rilevanti anche per le concessioni, seppure dallo stesso non espressamente menzionate. Ciò vale anche per le concessioni di beni pubblici, ivi compreso il demanio marittimo, rispetto alle quali viene in rilievo *"l'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici"*, da cui consegue che è presupposto sufficiente per l'applicazione dei principi di evidenza pubblica la *"circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato"* ⁴⁶.

Una significativa applicazione dei principi sin qui richiamati è stata ribadita nell'ambito del c.d. caso Lignano Sabbiadoro, nel conflitto insorto per l'assegnazione di un tratto di arenile e connesso specchio acqueo per uso turistico e ricreativo ⁴⁷.

Qui il giudice di secondo grado ha richiamato, con approfondite argomentazioni, la valenza dei principi comunitari per le concessioni di beni pubblici "di rilevanza economica" ed ha ricordato come le norme europee in tema di appalti non trovano applicazione solo nell'ipotesi del modello *in house*, nei confronti del quale l'affidamento diretto della gestione è legittimo poiché ricorre, tra ente pubblico e gestore del bene, un rapporto di delegazione interorganica che non configura una reale alterità tra le parti ⁴⁸.

⁴⁴ Cons. St., sez VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in www.giustizia-amministrativa.it, anche con riferimento alla numerosa giurisprudenza ivi richiamata.

⁴⁵ Pubblicata in G. U. C. E. n. 29 aprile 2000, n. C121.

⁴⁶ Vedi ancora Cons. St., sez VI, 30 gennaio 2007, n. 362.

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, richiamata anche dalla già citata sent. Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, e su cui vedi B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 413 e ss.

⁴⁸ Sulla configurazione del modello *in house* con riferimento alle concessioni demaniali, vedi, L. SALAMONE, *Concessioni demaniali, in house providing e società miste: non costituisce titolo preferenziale per il rilascio di una concessione demaniale la pretesa identità tra l'Ente pubblico territoriale e la costituenda società mista*, in *Dir. mar.*, 2008, 2, p. 493 e ss.

I principi individuati, quando applicati alle concessioni di beni pubblici, diventano utili parametri interpretativi delle disposizioni sul rilascio delle concessioni di demanio marittimo. In particolare, consentono di "misurare" la compatibilità del diritto di insistenza, come delineato dagli artt. 36 e 37 cod. nav. nonché dall'art. 18 reg. cod. nav. (su cui *infra*), con il sistema comunitario. Da questa ponderazione deriva la necessità che lo stesso diritto sia valutato nel caso concreto, tenendo conto dell'effettiva "equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici"⁴⁹, dell'idonea pubblicizzazione delle procedure, in modo da garantire a tutte le imprese interessate adeguate *chance* concorrenziali rispetto al titolare della concessione e, infine, dell'eliminazione di fattori di vantaggio che gravino in capo al concessionario, stante la titolarità della concessione o la titolarità di altro rapporto concessorio al primo funzionalmente collegato.

Il necessario rispetto dei criteri di trasparenza e pubblicità, cui fa riferimento la sentenza n. 12/2009, è stato in più occasioni discusso anche con riferimento all'art. 18 reg. cod. nav., nella parte in cui impone specifiche forme di pubblicità della domanda inerente concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo⁵⁰.

Secondo la giurisprudenza, l'articolo richiamato non configura un potere discrezionale "puro" in capo all'amministrazione, ma richiede che la rilevanza della concessione (intesa prevalentemente in termini economici) sia apprezzabile con parametri oggettivi, esternati in modo compiuto negli atti amministrativi adottati. Così facendo, l'amministrazione concedente permette, in caso di conflitto, il sindacato giudiziale volto a verificare il corretto esercizio del potere amministrativo⁵¹. Peraltro, è orientamento condiviso quello secondo cui l'adozione di forme di pubblicità in applicazione del predetto art. 18 rappresenti "imprescindibile condizione di legittimità dell'iter amministrativo seguito dall'amministrazione"⁵².

A riguardo, rileva ricordare che la sentenza n. 12/2009 ha ad oggetto la richiesta di annullamento di una concessione e della licenza di sub ingresso nella medesima, entrambe rilasciate dalla Capitaneria di Porto. Nel testo della decisione il bene oggetto dei predetti atti non è espressamente indicato, ma la natura del soggetto concedente permette indirettamente di desumere che la vertenza ha ad oggetto

⁴⁹ Su cui Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6267, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Si occupa delle forme di pubblicità delle domande ex art. 18 reg. cod. nav., M. SINISI, *La concessione di aree portuali tra obblighi procedurali e spazi discrezionali* (nota a T.A.R. Liguria, sez. I, 17 dicembre 2003 n. 1666), in questa *Rivista*, 2004, 3, p. 652 e ss.

⁵¹ Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326, che richiama a sua volta Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Vedi ancora Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326, e la giurisprudenza ivi citata in relazione al punto discusso.

beni demaniali marittimi utilizzati per l'esercizio della nautica da diporto, piuttosto che per finalità turistico ricreative⁵³.

La materia richiamata è oggetto del d.P.R. n. 509/1997, regolamento dedicato alla disciplina del procedimento di concessione per la realizzazione di strutture dedicate, appunto, alla nautica da diporto. L'art. 4 del provvedimento impone in modo generalizzato la pubblicazione delle domande di concessione da parte dell'amministrazione competente e l'invito agli interessati a presentare opportune osservazioni, che l'amministrazione ha "*l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale, ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*" (art. 4, co. 2).

L'art. 4 in questione, nonostante non sia possibile dedurre l'immediata applicazione al caso in esame⁵⁴, è comunque di interesse poiché, nonostante abbia portata più estesa della previsione di cui all'art. 18 reg. cod. nav., è stato comunque ritenuto insufficiente a garantire, in presenza di una gara informale, i principi comunitari sulla concorrenza.

La Corte dei conti ha, in particolare, sostenuto che "*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*

⁵³ In questa sede non si intende ricostruire le complesse vicende che hanno interessato il riparto di funzioni amministrative tra Stato, regioni ed enti locali in materia di demanio marittimo. Per quanto di interesse, è sufficiente ricordare che, ai sensi del d.P.C.M. 21 dicembre 1995 sono state identificate le aree demaniali marittime escluse della delega alle regioni ai sensi dell'art. 59 del d.P.R. n. 616/1977 e, come tali, rimesse alla potestà amministrativa del Ministero dei trasporti, nella sua articolazione periferica della Capitaneria di Porto. È in tal senso che, sia pure nel mutato riparto di competenze derivante dal trasferimento di funzioni avviato con la l.n. 59/1997 ed attuato dal d.lgs. n. 112/1998 e alla luce delle modifiche negli assetti della potestà legislativa derivanti dalla riforma del Titolo V intervenuta nel 2001, in alcuni casi sussiste tutt'ora la competenza statale nell'adozione di atti concessori relativi al demanio marittimo. Per una ricostruzione puntuale dell'evoluzione legislativa nella materia, vedi M. OLIVI, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali e titolarità del bene e titolarità delle funzioni*, cit.. Dello stesso AUTORE vedi anche *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, nonché, con riferimento ai porti, F. MANGANARO, *Il porto da <<bene demaniale>> ad <<azienda>>*, p. 247 e ss., e, riguardo alle sistema delle competenze amministrative sui diversi livelli di governo, S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, p. 266 e ss., entrambi in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit.

⁵⁴ Si è detto, infatti, che nella sentenza n. 12/2009 non è chiaro con esattezza quale sia l'oggetto della concessione che, dunque, potrebbe avere riferimenti normativi diversi dal citato regolamento. Il d.P.R. n. 509/1997 si applica, infatti, a due sole tipologie di strutture dedicate alla nautica da diporto (porti e approdi turistici, ai sensi dell'art. 1, co. 1), mentre non trova applicazione per i c.d. punti di ormeggio (ossia le aree demaniali marittime e gli specchi acquei dotati di strutture che non importino impianti di difficile rimozione, destinati all'ormeggio, alaggio, varo e rimessaggio di piccole imbarcazioni e natanti da diporto, di cui all'art. 2, co. 1) rispetto ai quali operano le procedure di cui al d.l. n. 400/1993 per le strutture di interesse turistico-ricreativo.

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" ⁵⁵. Le concessioni di beni demaniali marittimi sono, invero, fattispecie complessa in cui rilevano, oltre alla messa a disposizione del bene, profili legati alle opere da realizzare ed alla loro gestione nonché alla durata del rapporto concessorio in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento programmato ⁵⁶.

Dall'analisi svolta emerge, quindi, come i principi di pubblicità e trasparenza rilevano con medesima intensità in tutte le fasi del procedimento di concessione, con indifferenza per la natura dell'amministrazione competente al rilascio. Devono, infatti, guidare le scelte amministrative non soltanto nel momento in cui avviene la scelta del contraente, operata attraverso la comparazione delle istanze ricevute, ma anche quando l'amministrazione orienta, a monte, la destinazione d'uso del bene da dare in concessione e quando attribuisce alla stessa concessione un determinato grado di rilevanza, tale da comportare il potenziale interesse imprenditoriale di più concorrenti.

5. Concessioni demaniali marittime e forme "atipiche".

Si è detto in apertura che la decisione in esame permette di soffermarsi sulla tendenza ad una certa diversificazione delle forme assunte dai rapporti concessori rispetto ai modelli previsti dalle disposizioni normative di riferimento.

La controversia è sorta, infatti, con riferimento al subingresso di un terzo in luogo degli eredi del concessionario originario. Questi, a loro volta, avevano effettuato una prima richiesta di subentro, a seguito del decesso intervenuto, nel momento in cui la concessione era ancora in corso di validità e, alla scadenza della medesima, ne avevano chiesto ed ottenuto il rinnovo. Prima che il termine disposto giungesse a naturale scadenza, però, veniva autorizzato il subentro della nuova ditta, che ha suscitato l'interesse del ricorrente e da cui trae origine la decisione.

Il cod. nav. e il reg. cod. nav. contengono alcune disposizioni che, seppure non direttamente richiamate dalla sentenza n. 12/2009, sono utili per interpretarne i contenuti rispetto ai profili richiamati.

⁵⁵ Vedi la deliberazione n. 5/2005/P del 13 maggio 2005, in www.corteconti.it, commentata da E. Santoro, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici* (nota a C. conti, sez. contr. St., 13 maggio 2005, n. 5), in *Foro Amm.*, Cds, 2005, 7-8, p. 2388 e ss., e richiamata anche da M. A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa*, relazione al convegno "Il modello italiano della portualità turistica: prospettive di sviluppo" (12-13 settembre 2008), in www.diritto.it, par. 3.

⁵⁶ Vedi ancora la deliberazione n. 5/2005/P del 13 maggio 2005, cit.

In primo luogo, l'art. 46, co. 3, cod. nav. stabilisce che *"In caso di morte del concessionario gli eredi subentrano nel godimento della concessione, ma devono chiederne la conferma entro sei mesi, sotto pena di decadenza. Se, per ragioni attinenti all'idoneità tecnica od economica degli eredi, l'amministrazione non ritiene opportuno confermare la concessione, si applicano le norme relative alla revoca"*.

Su questa norma, quindi, poggia la prima richiesta di subentro nella concessione, in merito alla quale, sussistendo soluzione di continuità nel rapporto con l'amministrazione, non paiono rilevare profili concorrenziali. Nel caso di specie, infatti, l'amministrazione concedente autorizza il mero mutamento soggettivo del concessionario ed è tenuta a verificare l'idoneità tecnica ed economica degli eredi rispetto alle modalità iniziali di concessione del bene ai sensi dell'art. 46, co. 3. In tal senso, è stato ritenuto illegittimo il diniego di una domanda di subingresso in qualità di erede fondato su accertamenti sporadici e generici di dette qualità, oltre che su una circostanza ostativa determinata dalla medesima amministrazione⁵⁷.

Si deve considerare, d'altronde, che la possibilità di sub ingresso non è limitata alla fattispecie discussa, poiché le leggi di settore ammettono questo istituto in via generale prevedendo che *"il concessionario deve esercitare direttamente la concessione"*, ma può richiedere all'autorità concedente *"l'autorizzazione a sostituire altri nel godimento della concessione"*⁵⁸. Si ha così *"una fattispecie di successione particolare nella posizione giuridica del concessionario"* che avviene con il trasferimento della posizione giuridica nella sua interezza⁵⁹.

In merito, il T.A.R. Lazio ha espressamente sostenuto che il subingresso nella concessione demaniale non avrebbe richiesto l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica. Sulla base delle considerazioni sviluppate sinora, nonché dei più diffusi orientamenti giurisprudenziali, non pare che l'assunto possa essere condiviso.

Il mutamento soggettivo del concessionario, avviato su istanza di parte e accolto con autorizzazione, potrebbe, infatti, essere suscettibile di stimolare interessi concorrenziali di più operatori, anche a parità di contenuto oggettivo della concessione. Si potrebbe ipotizzare, ad esempio, che, a distanza di tempo dalla scelta inizialmente effettuata dall'amministrazione in favore dell'originario concessionario, il contesto imprenditoriale in cui questo opera sia mutato e che altri siano disposti a pagare un canone più elevato a fronte del riconoscimento della concessione sul bene alle medesime condizioni iniziali. Questa opportunità è assolutamente preclusa nel momento in cui il subingresso avviene solo sulla base

⁵⁷ T.A.R. Sicilia, Palermo, 10 maggio 2006, n. 1060, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ Vedi l'art. 30, co. 1 e 2, reg. cod. nav, e l'art. 46, co. 1, cod. nav.

⁵⁹ Vedi la circolare n. 141 Prot. DEM2A-2158 del 30 settembre 2003 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in www.trasporti.it, recante disposizioni interpretative della legge n. 172/2003, avente ad oggetto il riordino e rilancio della nautica da diporto e del turismo nautico.

dell'autorizzazione che l'amministrazione rilascia su istanza del concessionario e in assenza di qualsivoglia procedura competitiva tra più potenziali aspiranti⁶⁰.

In un certo senso, le considerazioni che possono essere sviluppate sono simili a quelle già espresse con riferimento al rinnovo della concessione ed alle potenzialità lesive del sistema concorrenziale insite nei meccanismi di automaticità previsti per finalità turistico-ricreative (peraltro, si è detto, applicabili anche ai punti di ormeggio)⁶¹.

Sul tema, è significativo riportare un recente orientamento della Corte dei conti, che ha rilevato la sussistenza di un danno erariale nei confronti del dirigente responsabile di un ufficio comunale, competente all'esercizio dei compiti concernenti il rilascio, rinnovo e revoca delle concessioni sul litorale. Motivo di formazione del danno è stato, nella fattispecie, il rinnovo degli atti esistenti, anche se *medio tempore* scaduti, senza svolgere alcuna procedura ad evidenza pubblica. In particolare, la Corte ha ritenuto che non fosse possibile rilevare alcuna preventiva ponderazione delle conseguenze connesse al rinnovo degli affidamenti in essere, *"pur essendo un momento fondamentale nell'adozione di un provvedimento amministrativo quello della complessiva ponderazione degli interessi in gioco tra i quali"*, vi è senza dubbio *"anche quello dell'Amministrazione in relazione all'utilizzo proficuo dei beni demaniali"*. Queste considerazioni avrebbero dovuto portare l'amministrazione concedente a *"procedere nell'affidamento delle concessioni secondo una gestione economicamente orientata dei beni demaniali"*, nel caso di specie palesemente non perseguita, stante anche l'assenza di verbali volti a dimostrare la consistenza esatta *"dello stato dei luoghi dati in concessione, i quali rappresentano il presupposto per la determinazione del canone dovuto"*⁶².

La posizione assunta dal T.A.R. Lazio rispetto al rinnovo della concessione è, invece, in linea con gli orientamenti più recenti della giurisprudenza, poiché è proprio riguardo a questa ipotesi che viene evidenziata la rilevanza economica dell'attività

⁶⁰ Inoltre, in tal caso, viene sostanzialmente legittimata la possibilità di circolazione del titolo concessorio e l'attribuzione allo stesso di un valore economico che gli interessati potrebbero essere disposti a remunerare al concessionario per ottenere la sua richiesta di autorizzazione al subentro nella concessione. Le criticità, in quest'ottica, sono abbastanza simili a quelle che interessano il sistema delle licenze del servizio di taxi.

⁶¹ Vedi il precedente par. 3.

⁶² Cfr. sentenza Corte conti, 30 marzo 2009, n. 486, in www.corteconti.it. Riguardo alle concessioni di stabilimenti balneari, peraltro, la giurisprudenza non è unanime nel rilevare il carattere anticoncorrenziale delle relative disposizioni normative, limitandosi talvolta alla loro interpretazione letterale per individuare l'esatta efficacia di una concessione per la posa di ombrelloni e di sdraio. In tal senso, l'art. 01, co. 2, del d.l. n. 400/1993, come sostituito dall'art. 10 della l. n. 88/2001, è stato ritenuto applicabile non solo alle concessioni rilasciate dopo la data di entrata in vigore delle modifiche richiamate, ma anche a quelle rilasciate prima di tale data, purché ancora efficaci. Inoltre, la durata sessennale delle concessioni non ammette eccezioni e si sovrappone, come regola di carattere generale, ai termini fissati di volta in volta in sede amministrativa. Il rinnovo automatico con pari durata deve, poi, applicarsi anche alle concessioni, aventi una durata inferiore, con prolungamento a sei anni della loro efficacia. Vedi. Cons. St., 28 febbraio 2006, n. 881, in www.giustizia-amministrativa.it.

oggetto di concessione, da cui consegue la necessaria applicazione dei principi concorrenziali comunitariamente orientati.

Sul rinnovo, la giurisprudenza ha cercato di individuare, rispetto alle concrete fattispecie, se vi fossero alcuni indicatori utili a differenziare questa ipotesi dal rilascio di nuove concessioni. In tal senso, *“non può parlarsi di rinnovo di una concessione allorquando viene a mancare uno degli elementi fondamentali della concessione da rinnovare e cioè il soggetto nella cui sfera giuridica si pone il titolo”*. È, infatti, concettualmente *“inconfigurabile un rinnovo a soggetto differente rispetto al concessionario in scadenza, poiché se viene reciso il legame con il titolo precedente non si può più parlare di rinnovo bensì di nuova concessione”*. A ciò deve aggiungersi l'identità dei contenuti oggettivi della concessione, il che, si è detto, vale anche per il subingresso, poiché la non coincidenza rispetto alla concessione rinnovata costituisce un ostacolo insuperabile che impone inevitabilmente l'applicazione delle procedure connesse ai nuovi rilasci ⁶³.

Infine, per completezza, occorre chiarire anche la distinzione tra rinnovo e subingresso rispetto all'affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto di concessione. L'uso di questo istituto è stato previsto con carattere eccezionale dall'art. 2, co. 2, del d.l. n. 400/93, è stato poi generalizzato grazie ad alcune modifiche introdotte dall'art. 10 della l. n. 88/2001 e ne è stata chiarita l'applicabilità alle concessioni di demanio marittimo, con esclusione di quelle inerenti i servizi e le attività portuali, dall'art. 13 della l. n. 17/2003.

In generale, ai sensi dell'art. 45 bis cod. nav. *“il concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione. Previa autorizzazione dell'autorità competente, può essere altresì affidata ad altri soggetti la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione”*.

È possibile, quindi, avere due distinte ipotesi. La prima produce una separazione tra il possesso del titolo concessorio, rilasciato in capo al soggetto individuato dall'amministrazione concedente e avente ad oggetto il diritto di uso sul bene demaniale in quanto tale, e l'esercizio delle attività collegate al medesimo bene, che sono svolte sulla base di atti negoziali sottoscritti dal concessionario e da un terzo da esso individuato. La seconda ipotesi, invece, attiene al subentro di terzi nello svolgimento di attività di carattere secondario rispetto a quelle funzionali alla gestione del bene demaniale, che permangono invece in capo al concessionario. A titolo esemplificativo, si può ricordare la gestione di ristoranti o bar all'interno degli stabilimenti balneari e la locazione di posti di ormeggio nei porti turistici.

⁶³ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 7 agosto 2008, n. 1940, in www.giustizia-amministrativa.it.

La categoria pare, per come succintamente definita dal cod. nav. e anche sulla base delle interpretazioni della stessa fornite con atti amministrativi, alquanto generica e di difficile delimitazione, prestandosi a regolare le fattispecie più diverse⁶⁴.

Peraltro, la difficoltà di delineare con esattezza l'istituto in questione emerge non solo con riferimento al demanio marittimo, ma pone criticità anche in altri settori (come è accaduto per i servizi portuali e le gestioni autostradali⁶⁵).

Sarebbe, quindi, auspicabile un intervento regolatorio in materia, che fornisca indicazioni più puntuali sui criteri utili ad individuare le attività per le quali è effettivamente utilizzabile la previsione di cui all'art. 45 bis (di cui peraltro si riterrebbe inutile fornire una rigida elencazione tassativa) ma anche sulle linee generali della costruzione dei rapporti di secondo livello tra concessionari e altri soggetti.

È vero, infatti, che questi nascono sulla base di un'autorizzazione amministrativa e i loro contenuti sono definiti dalla volontà negoziale delle parti, senza ingerenza dell'amministrazione concedente. È altrettanto vero, però, che una cattiva gestione delle attività legate alla concessione, anche se di tipo secondario, può ben influenzare le modalità e le risorse (anche economiche) con cui il concessionario si trova concretamente a gestire l'oggetto principale del suo rapporto con l'amministrazione, il bene demaniale.

6. Conclusioni.

In occasione della costruzione di un Conto economico patrimoniale della pubblica amministrazione, sono state isolate alcune classi di beni potenzialmente produttrici di reddito e sono state raccolte sotto la denominazione di "patrimonio fruttifero". La classi cui ci si è riferiti sono i crediti pubblici, le partecipazioni, gli immobili e le concessioni. Per queste ultime, si è rilevata, in generale, una gestione disorganica, in cui "i meccanismi di riscossione sono generalmente inefficienti e l'evasione è stimata, in alcuni casi, ad esempio per il demanio marittimo balneare, pari al 50%. Inoltre, i canoni di concessione non sembrano commisurati ai ricavi effettivamente ottenuti dai concessionari". Tra le soluzioni prospettate per consentire il riordino delle predette attività nonché l'emersione del loro valore inespresso, viene indicato

⁶⁴ Per una ricostruzione dell'istituto, anche per distinzione rispetto ad altre figure previste dal cod. nav. o emergenti dalla prassi, vedi la circolare n. 141 Prot. DEM2A-2158 del 30 settembre 2003 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in www.trasporti.it.

⁶⁵ Sui primi, vedi la ricostruzione di G. DI GIANDOMENICO, *Demaniale marittima e sub ingresso nella concessione di porti turistici*, in *Foro Amm. Cds*, 2004, 7-8, p. 2354 (in specie, par. 7); sulle seconde, M. R. SPASIANO, *Beni pubblici e attività diverse da quelle oggetto di concessione: finalmente verso un comune approdo dei giudici?* (nota a T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 15 febbraio 2007 n. 266), in questa Rivista, 2007, 1, p. 21 e ss.; C. GUCCIONE, *La qualificazione giuridica delle società concessionarie di autostrade*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 9, p. 975 e anche A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 1, p. 77 e ss.

l'affidamento tramite gara delle concessioni in scadenza e delle nuove concessioni da assegnare ⁶⁶.

L'importanza di generalizzare l'applicazione dei principi in materia di concorrenza nella gestione delle concessioni demaniali marittime non risponde, quindi, solamente all'obbligo formale di adesione al dettato comunitario. Il confronto concorrenziale può, invece, rilevare quale elemento determinante nella risoluzione di criticità che gravano su entrambe le parti del rapporto concessorio, l'amministrazione da un lato e il concessionario dall'altra ⁶⁷.

Quanto alla prima, attraverso l'uso di procedure comparative diffuse, anche in caso di subentro e non solo in sede di rinnovo, verrebbe accresciuta la potenziale redditività del bene demaniale oggetto di concessione, che diverrebbe realmente bene "conteso" tra gli aspiranti e del quale emergerebbe in modo evidente la reale attitudine al mercato, da cui la sua conseguente valorizzazione quale bene fruttifero.

Rispetto ai privati interessati alla gestione del bene, la concorrenza tenderebbe, invece, a valorizzare inevitabilmente le competenze professionali, riducendo gradualmente l'ipotesi di concessioni assegnate ex novo o rinnovate direttamente solo sulla base di diritti storicamente determinati e non giustificati dai risultati effettivamente ottenuti.

In tal senso, uno degli elementi di maggiore ritrosia degli operatori attiene al valore economico degli investimenti effettuati nel corso della concessione, che in caso di successiva gara per l'affidamento, da cui derivi la mancata assegnazione della concessione, rischiano di rappresentare una perdita ⁶⁸. Potrebbe essere utile, allora, trasferire al settore in esame la previsione già operante per alcuni settori dei servizi pubblici locali (e probabilmente oggetto di maggiore diffusione con l'adozione del regolamento attuativo dell'art. 23 bis della l. n. 133/2008) ⁶⁹.

Ci si riferisce all'obbligo per le amministrazioni concedenti di operare una valutazione dei predetti investimenti dalla quale possa derivare un valore posto a

⁶⁶ E. REVIGLIO, *Il Conto patrimoniale delle Amministrazioni pubbliche*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, cit. p. 239 e ss. Dello stesso Autore vedi anche *Valorizzare il patrimonio locale, ecco il vero federalismo demaniale*, in *Amm. civ.*, 2008, 4-5, p. 57 e ss.

⁶⁷ Peraltro, gli oneri amministrativi che le imprese sostengono si riducono notevolmente nel momento in cui il potere pubblico, in un sistema concorrenziale, si trasforma da potere abilitativo in potere di controllo successivo, con conseguente "sparizione dell'istruttoria" procedimentale. Vedi M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, p. 162.

⁶⁸ Il problema emerge anche dalle consultazioni effettuate con gli operatori nel corso della ricerca per lo svolgimento dell'Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sulla "Determinazione dei canoni delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative presso l'Università degli Studi "Roma Tre", cit., ai cui allegati si rinvia.

⁶⁹ Vedi, ad esempio, l'art. 18, co. 2, lett. e, del d.lgs. n. 422/1997 sui trasporti pubblici locali che, tra i criteri di regolazione delle procedure di affidamento dei servizi richiede, in caso di cessazione dell'esercizio, l'indicazione delle modalità di trasferimento dei beni strumentali funzionali all'effettuazione del servizio da parte del precedente gestore all'impresa subentrante.

base d'asta nella procedura di affidamento delle concessioni, in modo da remunerare effettivamente le risorse impiegate dal vecchio concessionario. Inoltre, ulteriori prospettive nella redditività della gestione del bene concesso possono essere ricavate dalla disposizione di cui al richiamato art. 45 bis in relazione, specialmente, alle attività commerciali secondarie svolte sui beni demaniali ottenuti in concessione, rispetto alle quali non sussiste l'obbligo di porre in essere procedure ad evidenza pubblica, essendo al contrario privilegiata la scelta di tipo imprenditoriale operata sul mercato dal concessionario ⁷⁰.

⁷⁰ Con riferimento ai porti turistici, vedi simili considerazioni sviluppate da M. A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa*, cit..