

Nota alla sentenza del TAR Campania n. 21242 del 5 dicembre 2008: Concessione demaniale marittima. Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house

di Mariaconcetta D'Arienzo (1)

TAR Campania, Sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21242 (Pres. Guerriero; Est. Liguori; Ric. Soc. Coop. Ischia Barche, Res. Comune di Ischia, Ischia Risorsa Mare s.r.l.) – Concessione demaniale marittima. Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house.

5863/2005 – Concessione demaniale marittima – Applicabilità principi Trattato CE. Affidamento in house. Requisiti – controllo analogo – insussistenza – affidamento senza gara – illegittimità.

Tutte le concessioni – e quindi anche quelle demaniali marittime – ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, con particolare riferimento a quelli di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità. Ne deriva che l'affidamento in concessione di beni demaniali suscettibili di sfruttamento economico deve essere sempre preceduto dall'instaurazione di un confronto concorrenziale, anche in assenza di una specifica prescrizione normativa che lo imponga, e ciò indipendentemente dalla circostanza che il relativo procedimento abbia avuto inizio per volontà dell'Amministrazione o su richiesta di un soggetto interessato(2).

La circostanza che un Comune sia allo stato unico socio di una società a responsabilità limitata, dal Comune medesimo costituita per affidarle, secondo lo schema dello "in house providing", in via diretta ed esclusiva la gestione di tutti i servizi riguardanti la nautica da diporto (individuati quale "servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 112 D. Lgs. 267/2000) da prestarsi con riferimento all'utilizzo dei beni del demanio marittimo siti nel Comune in questione, non è di per sé sola condizione sufficiente a rendere legittimo l'affidamento in via diretta(3). La possibilità di evitare una procedura concorrenziale deve invero essere esclusa in presenza di elementi tali da dimostrare la sussistenza di una "vocazione commerciale" della costituita società, nel caso attestata dal possibile trasferimento delle quote e quindi dalla liceità dell'ingresso di nuovi soci, ovvero anche dalle concrete modalità di svolgimento del servizio, quali le tariffe praticate e l'affidamento con formula contrattuale a diversa società privata, per tutti gli anni di operatività e con l'individuazione priva di trasparenza della concreta attività di gestione suscettibile di rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico di riferimento.

Brevi osservazioni sui limiti all'affidamento diretto dei servizi nautici da diporto.

La sentenza in commento affronta le problematiche connesse alle modalità di affidamento dei servizi pubblici aventi rilevanza economica. In particolare, il TAR Campania, facendo applicazione dei principi sanciti dalla copiosa giurisprudenza comunitaria ed amministrativa formatasi sul punto, ha dichiarato l'illegittimità del diniego di concessione demaniale avanzata dalla Società Cooperativa Ischia Barche per violazione delle regole dell'evidenza pubblica e, quindi, della concorrenza, ritenendo che, nella specie, la scelta operata dal Comune di Ischia si era tradotta in una evidente restrizione dell'accesso mercato, e ciò in conseguenza del riconoscimento di diritti speciali ed esclusivi in favore della società Ischia Risorse Mare a r.l. La varietà e complessità delle questioni che vengono in rilievo, impongono preventivamente di ricostruire, sia pur sinteticamente, la vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale adito.

In data 1° ottobre 2001, la Società Cooperativa Ischia Barche rivolgeva

al Comune di Ischia richiesta di rilascio di concessione demaniale avente ad oggetto l'ampliamento dello specchio acqueo antistante vico Marina (località "Mandra") di cui essa era già titolare. A distanza di ben quattro anni dalla richiesta, l'Amministrazione, che nel frattempo aveva disposto l'avvio di accertamenti per la verifica dello stato dei luoghi, ha rappresentato la necessità di acquisire l'autorizzazione presso la Circoscrizione doganale di Napoli, e comunque ha rigettato l'istanza, all'uopo richiamando la delibera di G.C. n°129 del 26.05.2004 (integrata dalla successiva deliberazione n. 15 del 9.7.2004) con la quale si era proceduto alla costituzione della Società Ischia Risorsa Mare a r.l., interamente partecipata dal Comune e avente ad oggetto l'attività di gestione di tutti i porti turistici e commerciali insistenti sul territorio comunale, nonché degli approdi e specchi d'acqua per l'ormeggio dei natanti, navi e imbarcazioni da diporto. In sostanza, l'amministrazione comunale ha dato conto di aver già manifestato la volontà di gestire direttamente, per il tramite della neo-costituita società, le stesse attività economiche di supporto della nautica da diporto e connesse allo sfruttamento dei porti per cui la Società Cooperativa Ischia Barche aveva presentato la richiesta di concessione demaniale. In virtù di detta determinazione, gli organi di indirizzo politico – amministrativo del Comune hanno vietato a quelli di gestione di rilasciare nuove concessioni demaniali a soggetti diversi dalla stessa amministrazione comunale o dalla Ischia Risorsa Mare s.r.l., all'uopo richiamando l'art. 113 T.U.E.L. che contempla espressamente l'ipotesi della gestione diretta del servizio da parte dell'Ente locale.

Avverso il diniego è insorta la ricorrente assumendo l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione comunale per violazione delle regole che avrebbero imposto un confronto concorrenziale tra la ricorrente e la società controinteressata ai fini dell'attribuzione dell'attività di gestione, lamentando, altresì, la mancata partecipazione alla relativa contrattazione da parte delle imprese interessate.

Il TAR Campania, sostanzialmente allineandosi all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di concessioni di aree demaniali marittime e nel solco dei principi sanciti e più volte ribaditi dalla Corte di Giustizia CE, ha accolto il ricorso, sottolineando che l'affidamento in concessione di beni demaniali suscettibili di sfruttamento economico deve avvenire nel rispetto della regola generale dell'evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e degli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza e, più in generale delle regole stabilite dal Trattato applicabili alle concessioni di servizio pubblico.

Solo apparentemente, tuttavia, la decisione si limita ad affrontare tematiche già illustrate anche dalla dottrina più autorevole, poiché in aggiunta a queste si sofferma su alcuni aspetti di merito che suscitano particolare interesse e meritano ulteriore approfondimento in questa sede.

In primo luogo, seguendo l'ordine delle questioni affrontate dal TAR Campania, è opportuno chiarire il presupposto della soluzione adottata dai giudici partenopei.

Fin dalle origini, la tematica dei servizi pubblici locali è stata caratterizzata dalla coesistenza di interessi contrapposti, quali "esigenze di governo pubblico del mercato e di sviluppo dell'iniziativa privata, istanze sociali ed economicità della gestione" (4).

L'art. 112 del D. Lgs. vo 267/2000 - utilizzando una formula che sostanzialmente riproduce il contenuto dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 - stabilisce che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" (5).

Così facendo, la categoria di servizio pubblico locale si arricchisce al punto di ricomprendervi tutte le attività tese a realizzare fini sociali o a promuovere lo sviluppo civile (precedentemente escluse in quanto sprovviste del carattere imprenditoriale) in settori organici di intervento che la legge individua solo per grandi linee, lasciando agli enti locali la possibilità di individuare, nell'ambito delle proprie competenze, i servizi da assumere per la cura e lo sviluppo della comunità locale.

Il legislatore ha volutamente utilizzato una formula ampia ed onnicomprensiva in considerazione del fatto che gli enti locali, ed in particolare il comune, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria, che si sostanzia nella facoltà di determinare da sé i propri scopi e, per quanto qui più importa, di

decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purchè genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento, assumere come doverose in base a scelte di carattere eminentemente politico.

Nella specie, come osservato dal TAR Campania, l'attività in questione - caratterizzata dalla prestazione di servizi a supporto della nautica da diporto - è stata assunta tra i servizi pubblici locali del Comune di Ischia che ha ritenuto di affidarne la gestione, nell'ambito della fascia costiera di pertinenza comunale, secondo lo schema dell'in house providing, in via esclusiva e diretta, alla neocostituita società Ischia Risorsa Mare a r.l. interamente partecipata dal Comune medesimo.

Tale scelta, evidentemente finalizzata al soddisfacimento di obiettive esigenze della collettività (che, si presume, fossero state a lungo penalizzate da una gestione frammentaria del servizio), si giustifica inoltre per l'esigenza di ottenere una forte riqualificazione dell'ambito interessato, oltre che un rilancio sostenibile dell'economia locale, in una prospettiva di valorizzazione e sviluppo compatibile del bene demaniale unitamente ad una migliore fruibilità dello stesso, anche attraverso l'ammodernamento ed il potenziamento delle strutture esistenti nel rispetto ed a salvaguardia delle peculiarità ambientali dell'area interessata.

L'assunzione del servizio in questione evidenzia, inoltre, l'importanza che, specificamente per il Comune di Ischia, nel tempo ha assunto lo sfruttamento dei beni demaniali in ragione della rilevanza acquisita dall'esercizio delle attività connesse alla gestione dei servizi della nautica da diporto. Infatti, a fianco alle tradizionali attività turistico-ricreative (la gestione dei servizi balneari, gli esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio, il noleggio di imbarcazioni e natanti in genere, la gestione di strutture recettive e di attività ricreative e sportive, esercizi commerciali, servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo), si sono affermate anche quelle legate al turismo nautico divenute oramai una delle componenti fondamentali dell'intero comparto turistico costiero(6). In particolare, per quanto qui importa, l'espletamento del servizio *de quo* postula la possibilità di utilizzare sia gli specchi acquei già dotati di strutture destinate all'ormeggio, alaggio, varo e rimessaggio di imbarcazioni e natanti da diporto, sia gli spazi in cui è possibile realizzare ex novo strutture analoghe a servizio della nautica.

Quindi, l'attività di gestione dei porti turistici e commerciali nonché degli approdi e specchi d'acqua per l'ormeggio di natanti, navi ed imbarcazioni da diporto, involge necessariamente l'utilizzazione di un bene demaniale che risulta strumentale per lo svolgimento del servizio, e cioè, per utilizzare un'espressione del TAR Campania, costituisce "un presupposto necessario e prodromico per la gestione" che però, nella specie è stato riservato dal Comune in via esclusiva alla Ischia Risorsa Mare s.r.l. in base alla richiamata deliberazione di G.C. n. 59 del 23.2.2006.

Appare così chiaro che le attività connesse alla nautica da diporto ben possono rientrare nel novero delle "attività di interesse generale" in relazione alle quali a ciascun ente pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni, va riconosciuta la potestà di valutare quali siano le modalità di gestione più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti.

E' evidente, quindi, che anche tale settore non può non essere stato interessato dal processo di riforma dei servizi pubblici locali avendo, al pari del trasporto pubblico locale, del servizio di fornitura elettrica e del gas naturale, del servizio idrico integrato e di quello dei rifiuti, assunto col tempo notevole rilevanza ed impatto economico: e in questi ultimi settori si è assistito al progressivo abbandono della gestione in forma diretta da parte degli enti locali e la neocostituzione di società di capitali interamente partecipate dal comune e assoggettate al controllo dell'amministrazione comunale, secondo il modello di gestione cd. in house, la nascita di società miste a capitale pubblico-privato, la trasformazione delle Aziende speciali in società di capitali, sotto forma di S.p.A. o s.r.l., oltre che al trasferimento di ulteriori attività/servizi alle preesistenti Aziende speciali.

Come è noto, l'art. 113 del TUEL assolve una finalità specifica che è appunto quella di consentire l'autoproduzione in presenza di un unico centro decisionale in alternativa al cd. *contracting out* che postula la stipulazione di un contratto avente ad oggetto l'espletamento del servizio

e delle attività ad esso connesse, lo sfruttamento di un bene o la realizzazione di un'opera. Recentemente la giurisprudenza ha, in proposito, chiarito che è "compatibile con l'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (come nel caso di specie) ad una società con capitale interamente pubblico", per la considerazione che non è "vietato all'amministrazione sottrarre al mercato attività in relazione alle quali la medesima ritenga di dover provvedere direttamente con la propria organizzazione. La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica voglia, invece, ricorrere all'autoproduzione". Pertanto, "deve, quindi, ritenersi che la scelta di optare tra outsourcing e in house providing non sia sindacabile alla stregua del diritto comunitario. In presenza (dei requisiti che legittimano il ricorso all'in house providing) non è richiesto l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica". La stessa sentenza ha peraltro precisato che: "L'art. 113 del D. Lgs. n. 267/2000 non contrasta con l'art. 118, ultimo comma, Cost. che ha introdotto nell'ordinamento il principio di sussidiarietà orizzontale. La suddetta disposizione costituzionale prevede la necessità che i soggetti pubblici ivi contemplati, favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati, senza, peraltro, contenere ulteriori indicazioni ermeneutiche che consentano di ritenere sottratto ai primi il potere di intervento nell'area delle "attività di interesse generale". A ciascun ente pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni, deve riconoscersi la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici coinvolti nelle attività cui la norma costituzionale fa riferimento. Del resto, il principio di sussidiarietà orizzontale non può essere letto ed applicato che in coerenza con l'ordinamento giuridico-costituzionale inteso nella sua complessità: in particolare, esso non può essere disgiunto dagli altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, ed in particolare dal principio di "buon andamento" previsto dall'art. 97 cost." (7).

E' opportuno chiarire, a questo punto, se il modulo dell'in house providing sia un'eccezione alla regola generale dell'outsourcing, oppure una regola parallela che consente all'amministrazione di decidere discrezionalmente quale strumento gestionale adoperare.

L'incertezza regnante in materia, dovuta soprattutto all'assenza di una normativa di riferimento completa e coerente, ha determinato il sorgere di ingiustificate posizioni di vantaggio di alcuni operatori a danno dei concorrenti e del pluralismo dell'offerta(8) cui il legislatore ha inteso porre rimedio con il D.L. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008) recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" il cui art. 23 bis, comma 1 espressamente stabilisce "le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili" e al comma 2 precisa che "il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità)" salvo che "per situazioni che, a causa di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento (che) non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire (...) "in favore di società a capitale interamente pubblico, partecipate dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* (comma 3).

Specificamente in tale ultima ipotesi, "l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione".

La precipua finalità della disposizione in esame è, dunque, quella di introdurre una disciplina omogenea in tema di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica che si imponga sulle discipline speciali al fine di "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati (...) nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, (...) assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione (comma 1)

Ne consegue che, al di là dell'individuazione dei settori in cui si imponga l'eliminazione dei monopoli pubblici, e quindi la creazione di forme di apertura al mercato, la regola è quella secondo la quale l'amministrazione è libera nella scelta tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione delle risorse necessarie per il suo funzionamento, ove prevalgano, sul piano organizzativo, ragioni di convenienza economica, e cioè con l'unico limite rappresentato dalla necessità di motivare in ordine alle ragioni per cui l'intraprendere l'una o l'altra strada sia più efficiente(9).

Ne consegue che, eccettuata l'ipotesi di cui al comma 3 che certamente non ricorre nella fattispecie sottoposta all'attenzione del TAR Campania, l'individuazione dei soggetti interessati deve avvenire mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, sulla base di procedure non predeterminate e formalizzate e previa fissazione di criteri adeguati da rendere conoscibili, con mezzi idonei, a tutti gli interessati.

Ciò è quanto si desume chiaramente dall'art. 30, comma 3 Decr. Leg.vo 163/2006, rubricato "Concessione di servizi", che espressamente estende l'applicabilità dei suddetti principi anche agli "appalti sottosoglia ed ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti".

"L'in house, che era visto come un modello organizzativo nella gestione dei servizi pubblici locali, viene ora considerato un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara" (10) al punto che, il generico e stereotipo riferimento all'art. 113 D. Lgs. 267/2000 e ss. mm. ii. e ad una normativa che appare del tutto superata oltre che in contrasto con principi ormai consolidati in ambito comunitario e a livello nazionale, non è idoneo di per sé ad escludere che la scelta del contraente avvenga secondo tale modalità e nel rispetto del principio della concorrenza.

In più di un'occasione l'Autorità antitrust ha sottolineato la necessità di evitare che uno strumento operativo, quale l'affidamento in house, originariamente volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti, venga utilizzato in modo distorto al fine di eludere il necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara.

Diversamente, infatti, se gli enti locali potessero far ricorso in qualsiasi situazione all'affidamento diretto, al punto da considerare tale peculiare strumento operativo una modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, lo strumento competitivo della gara sarebbe relegato a poche ed eccezionali situazioni. Al contrario, i casi in cui è consentito evitare il ricorso alla gara sono da interpretarsi in senso restrittivo anche in ragione della situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima(11).

Né a diversa conclusione può condurre la normativa interna, poiché a tutto concedere, il codice della navigazione (in particolare, ci si riferisce agli artt. 36 e 37 c. nav.) non è stato mai considerato un corpo normativo chiuso, bensì integrabile in via analogica sia con le norme del diritto civile (art. 1 disp. prel. c. nav.), sia con le norme del Trattato istitutivo della CE (principio di libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità, divieto di intese che abbiano l'effetto di restringere e/o impedire la concorrenza, ecc.), sia con i regolamenti comunitari in materia (cfr., tra gli altri, Reg. 6 febbraio 1962, n. 17; 21 dicembre 1989, n. 4064; n. 3577/1992), sia con le leggi nazionali successive al codice della navigazione, emanate anche in attuazione degli obblighi comunitari (si pensi, alla legge istitutiva dell'AGCM, legge n. 287/1990).

In sostanza, contrariamente a quanto il Comune resistente ha inteso sostenere, non è dato operare un distinguo tra il regime concessorio cui sono soggetti i beni demaniali e la regolamentazione del servizio cui detti beni ineriscono.

Ciò è quanto si evince dalle pronunce richiamate dal TAR Campania(12) le quali, sulla base della qualificazione consensuale del rapporto concessorio intercorrente tra le parti, hanno tratto la conclusione che le concessioni demaniali marittime rilasciate per finalità imprenditoriali soggiacciono ad una disciplina particolare che è frutto della combinazione della normativa nazionale di settore con i principi sanciti a livello comunitario, precisando che l'obbligo di indire una procedura competitiva ispirata ai summenzionati principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento sussiste sia nell'ipotesi in cui il relativo procedimento abbia inizio per volontà dell'amministrazione, sia nel caso in cui venga avviato a seguito di una specifica richiesta proveniente anche da uno solo dei soggetti interessati all'utilizzo del bene.

Giova, in proposito, ricordare che la ratio sottesa alla liberalizzazione della prestazione dei servizi è essenzialmente quella di favorire l'accesso al libero mercato delle utilities, evidentemente in contrasto con la scelta discrezionale dell'amministrazione comunale di ridurre l'accesso al mercato solo ad alcuni operatori, ovvero di affidare in concessione il servizio ad un soggetto il quale dovrebbe essere solo formalmente terzo rispetto ad essa (come nel caso in esame, in cui la gestione del servizio è stata affidata alla neocostituita società di capitali a totale partecipazione comunale); il che determina gravi distorsioni della concorrenza e si traduce, altresì, nel riconoscimento ai concessionari di diritti speciali ponendoli in una posizione privilegiata rispetto ad altri operatori.

Alla stregua di tali considerazioni, l'affermazione secondo cui "con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato", deve essere intesa nel senso che il rilascio delle concessioni demaniali marittime - finalizzato allo sfruttamento economico di un bene necessario allo svolgimento di un servizio ad uso della generalità - postula talvolta che il bene concesso viene destinato direttamente ed immediatamente all'esercizio del servizio pubblico; talaltra, come in questo caso, che occorre l'adattamento o la realizzazione ex novo di strutture o opere funzionali all'espletamento delle attività connesse al servizio della nautica da diporto (le quali saranno finanziate in tutto o in parte dal concessionario e, indirettamente, dagli utenti), nonché lo sfruttamento delle reti preesistenti di proprietà dell'ente concedente.

Tale considerazione (*rectius*: interpretazione) appare perfettamente coerente con la rinnovata "vocazione funzionale del demanio marittimo" innanzi evidenziata legata allo straordinario incremento della nautica da diporto che fin dai primi anni '70 è stata oggetto di numerosi interventi legislativi che ne hanno arricchito notevolmente la disciplina fino ad allora astretta negli angusti limiti ad essa riservati dal codice della navigazione perchè considerato un "fenomeno" di scarsa rilevanza.

L'assoggettamento della procedura di rilascio delle concessioni demaniali agli stessi principi sanciti dall'ordinamento comunitario per i contratti pubblici pone inevitabilmente un problema di coordinamento con le disposizioni contenute nel codice della navigazione, anche alla luce sia dei precedenti del TAR Liguria e del TAR Lazio - Latina richiamati dalla pronuncia in commento (che avevano riconosciuto l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica alle concessioni demaniali) sia della sentenza del Consiglio di Stato n. 168/2005 che ha dichiarato applicabili alla materia i principi di origine comunitaria di tutela della concorrenza(13).

Come è noto, l'iter per il rilascio delle concessioni demaniali marittime è disciplinato, in via generale, dall'art. 36 c. nav. e, in particolare dal D.P.R. n. 509/1997 per quelle destinate alla realizzazione delle strutture per la nautica da diporto che, all'art. 3 testualmente recita: " chiunque intenda occupare zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime o apportarvi innovazioni allo scopo di realizzare le strutture dedicate alla nautica da diporto di cui all'art. 2, lettere a) e b), deve presentare domanda al capo del compartimento marittimo competente per territorio, dandone comunicazione al comune".

Il rilascio del provvedimento presuppone l'esito positivo di una indagine complessa avente ad oggetto la verifica della compatibilità tra la

destinazione pubblicistica del bene e la sua utilizzazione individuale, nonché dell'idoneità dell'atto concessorio ad incrementare le potenzialità di utilizzazione del bene, mediante un giudizio ponderato che segue ad una valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati coinvolti.

In caso di pluralità di domande è preferito "il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e che si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse" (art. 37 c. nav).

Il rilascio della concessione, dunque, non segue automaticamente all'istanza del richiedente, bensì deriva da un apprezzamento discrezionale circa l'interesse sotteso che potrebbe eventualmente legittimare l'affidamento del servizio all'unico richiedente e, in caso di pluralità di domande, da un giudizio comparativo preceduto da un confronto concorrenziale.

Ciò si desume chiaramente dal comb. disp. delle citate disposizioni, nonché dall'art. 18 del regolamento esecutivo del cod. nav. che disciplina le modalità di pubblicazione della domanda mediante affissione solo ed esclusivamente delle concessioni giudicate dall'amministrazione comunale "di particolare importanza per l'entità o per lo scopo".

Anche in questo caso, dunque, il legislatore rimette comunque all'apprezzamento discrezionale della P.A. la valutazione della rilevanza della richiesta di concessione sul bene demaniale in relazione all'importanza assunta dall'espletamento delle attività connesse al servizio da gestire⁽¹⁴⁾. In realtà, la finalità dichiarata dalla disposizione in esame va individuata in quella di "coinvolgere direttamente nella decisione gli interessi di natura privatistica" (facenti capo al richiedente ma anche a controinteressati, titolari di interessi oppositivi, pubblici e privati o anche portatori di interessi diffusi, tutti legittimati ad intervenire nel procedimento rappresentando le ragioni che ostano all'accoglimento della domanda mediante il deposito di reclami, osservazioni ed opposizioni) e di "suscitare l'iniziativa di altri imprenditori potenzialmente interessati ad ottenere la concessione, stimolandoli a proporre domande concorrenziali" (15).

L'assenza di un effettivo confronto concorrenziale nell'affidamento in concessione di beni demaniali marittimi suscettibili di sfruttamento economico è sicuramente riconducibile alla "vaghezza della formula" atteso che "il duplice apprezzamento in ordine alla comparazione degli interessi dei richiedenti e alla consistenza della concessione (in relazione ai beni che ne costituiscono l'oggetto)" sembra avallare un giudizio fin troppo discrezionale dell'amministrazione" (16).

Di ciò è ben consapevole la giurisprudenza la quale ha, in proposito, affermato che "anche nel caso in cui non vi sia una espressa prescrizione normativa e tale principio va a rafforzare ogni disciplina di settore che già prevedeva, come accade nel caso dell'art. 37 cod. nav., il ricorso alla procedura di evidenza pubblica, impone l'adozione di misure volte a garantire un effettivo confronto concorrenziale quali, ad esempio, forme idonee di pubblicità o di comunicazione rivolte ai soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento" (17).

Tali esigenze non appaiono per nulla soddisfatte dalle citate disposizioni che appaiono *ictu oculi* "assai vetuste (e) non garantiscono (per intrinseca natura) la benchè minima possibilità di aderire all'attuale contesto ordinamentale se non a prezzo di vistose incongruenze" (18). Specificamente in tema di concessione di servizi, la succitata amplissima discrezionalità dell'Amministrazione investe lo stesso momento della scelta delle ditte da invitare alla gara, incontra il limite rappresentato dalla sussistenza dell'obbligo di indizione e di coinvolgimento di un numero di concorrenti proporzionato alla natura dei servizi da affidare in concessione ed alle caratteristiche del mercato di riferimento quando esse siano tali da suggerire un allargamento del confronto concorrenziale".

Così opinando, la giurisprudenza sembra ormai pacificamente orientata nel senso di ritenere che "la decisione inerente la pubblicazione della domanda di concessioni demaniali marittime di particolare importanza, prevista dall'art. 18 del regolamento del Codice della Navigazione Marittima (d.P.R. 15 febbraio 1952 n. 328, come modificato dal d.P.R. 18 aprile 1973 n. 1085), non può ritenersi demandata alla pura discrezionalità dell'amministrazione, dovendosi apprezzare l'importanza

secondo criteri obiettivi, da esternarsi compiutamente onde consentire il sindacato del g.a. in ordine al corretto esercizio del potere amministrativo”(19).

Tale conclusione appare perfettamente coerente con la cennata duplice finalità perseguita dall'art. 18 del regolamento attuativo e dalle cennate disposizioni del codice della navigazione- che induce ad estendere l'obbligo di pubblicità a tutte le fasi in cui si articola il procedimento di rilascio della concessione demaniale marittima e si desume altresì dai principi di trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, ecc...di derivazione comunitaria direttamente applicabili alla fattispecie in esame(20).

Ma vi è di più.

E d'infatti, il successivo d.p.r. n. 509/1997 che, all'art. 4 prevede la pubblicazione della domanda di concessione mediante affissione nell'albo del Comune ove è situato il bene nonché l'inserzione per estratto nel foglio degli annunci legali della provincia, senza alcuna ulteriore precisazione in merito all'importanza della concessione. Il legislatore ha inteso sancire l'esistenza di un generale obbligo di pubblicità incombente sul Comune a prescindere dall'apprezzamento della rilevanza della concessione eventualmente dallo stesso effettuato.

Nello stesso senso milita l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa citata dalla sentenza in commento, tendente ad affermare l'esistenza di un generalizzato obbligo di pubblicità delle domande e di confronto concorrenziale tra gli aspiranti operatori del settore; essa ha l'indiscutibile pregio di indurre a rivedere l'ambito di applicabilità della disciplina del procedimento sotteso al rilascio delle concessioni marittime, anche se la soluzione prospettata non appare pienamente condivisibile.

La evidenziata difficoltà di armonizzazione della disciplina codicistica con i principi di derivazione comunitaria che impone l'adozione di misure volte a garantire un effettivo confronto concorrenziale tra gli aspiranti e un'adeguata pubblicità si desume da ciascuna della sentenze innanzi citate le quali nel tentativo di mantenere in vita una disciplina ormai vetusta e superata, hanno finito per legittimare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione che, nella maggior parte dei casi si traducono in una illegittima restrizione dell'accesso al mercato e nel riconoscimento di diritti esclusivi in capo ad alcuni operatori del settore che acquisiscono, pertanto, una posizione privilegiata rispetto ad altre imprese concessionarie.

Se, come pare, alla disciplina contenuta nel codice della navigazione va riconosciuto un ambito di applicazione sia pur residuale, occorre necessariamente porre dei limiti alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione circa la "consistenza della concessione" dal momento che, dalla scelta operata dal Comune discende l'assoggettamento della concessione all'una o all'altra disciplina, sia che il bene concesso sia destinato strumentalmente all'esercizio (immediato) di un servizio pubblico sia, come è avvenuto nella fattispecie sottoposta all'esame del TAR Campania, che lo sfruttamento dello stesso implichi l'adattamento o la realizzazione ex novo di strutture o opere necessarie all'espletamento delle attività connesse al servizio della nautica da diporto, finanziato in tutto o in parte dal concessionario e, indirettamente, dagli utenti, nonché lo sfruttamento delle reti preesistenti di proprietà dell'ente concedente..

Nella specie, l'assunzione del servizio da parte del Comune di Ischia non soltanto testimonia l'importanza che nel tempo ha assunto lo sfruttamento dei beni demaniali in ragione della rilevanza acquisita dall'esercizio delle attività connesse alla gestione dei servizi della nautica da diporto, ma costituisce soprattutto il criterio di individuazione del modulo procedimentale da attribuire alla concessione demaniale marittima che, come correttamente rilevato dal TAR Campania, deve essere sottoposta ai principi dell'evidenza pubblica, onde garantire condizioni effettive di concorrenza in relazione ad una situazione che, in definitiva, costituisce un'occasione di guadagno sia per la società affidataria del servizio sia per la ricorrente, sia per gli altri operatori del settore che, pur avendone titolo, non hanno avuto modo di partecipare al relativo procedimento.

Si vuol sottolineare, cioè, che l'assoggettamento alla più rigorosa disciplina che impone il ricorso alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie cui innanzi si è fatto riferimento, non discende automaticamente dalla considerazione secondo cui i suddetti principi, da attuare in modo proporzionato e

congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, trovano applicazione, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate (nella specie, alle concessioni demaniali) da specifiche disposizioni comunitarie che impongono alle P.P.A.A. di procedere al rilascio delle concessioni secondo una procedura competitiva puntualmente regolata, bensì dalla presenza – a monte – della specifica qualificazione come servizio pubblico delle attività connesse alla nautica da diporto effettuata dallo stesso Comune. Ne deriva che, specificamente in detta ipotesi, la totale mancanza di procedure di gara ai fini dell'attribuzione della concessione in questione non è conforme agli artt. 43 e 49 CE, e in particolare viola il principio generale di trasparenza nonché l'obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità, poiché impedisce l'apertura di detta concessione alla concorrenza ed il controllo sull'imparzialità delle operazioni di aggiudicazione. Nello stesso senso militano altri principi di derivazione comunitaria quali, la libertà di prestazione dei servizi, il divieto di discriminazione, l'obbligo di parità di trattamento dai quali si desume l'obbligatorietà del propedeutico avvio di un procedimento amministrativo ad evidenza pubblica per la scelta del contraente ogni volta, come in questo caso, sussista alterità tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario.

Nella specie, quindi, a giudizio di chi scrive, il Comune avrebbe potuto "eludere" l'obbligo dell'evidenza pubblica soltanto adducendo una motivazione fondata su specifiche ragioni tecniche ed economiche o situazioni di infungibilità reale dell'affidatario del servizio che avrebbero reso impossibile, in termini di razionalità, l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto ovvero che avessero evidenziato la non rilevanza della scelta effettuata sul piano della concorrenza.

Negli altri casi, non è escluso che, onde evitare che il rilascio di concessioni avvenga in maniera arbitraria ed indiscriminata, l'amministrazione abbia l'obbligo di predeterminare i criteri certi, obiettivi e precostituiti in base ai quali evadere le richieste. D'altra parte, e si desume dall'art. 30, comma 3 del d.lgs. 163/2006, è pacifico che il principio di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte trova applicazione anche nell'affidamento di una concessione di servizi, intendendosi per tali non solo quelli relativi alla qualificazione dell'offerente, ma anche alla valutazione della relativa offerta, trattandosi pur sempre di attività selettiva. La definizione dei criteri di valutazione delle offerte, in un momento antecedente la redazione delle stesse da parte degli offerenti, assicura il rispetto del fondamentale principio di trasparenza su cui si regge tutto lo svolgimento della procedura selettiva.

Criteri quali l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione, ma non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta che, invece, deve essere valutata in base a criteri che hanno una diretta connessione con l'oggetto del servizio che si intende offrire e che servono a misurare il valore, senza che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente(21).

Note:

(1) Ricercatore di Diritto Amministrativo; Facoltà di Giurisprudenza; Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

(2) *In terminis*, cfr., TAR Campania – Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2007, n. 10326. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, nn. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168; TAR Lazio, Latina, 8 settembre 2006, n. 610.

(3) Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, *cit.*

(4) Così, in dottrina, L. CESARINI, *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, sul sito www.diritto.it.

(5) Per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale. Cfr., in termini generali, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325 e Cons. St., sez. VI, n. 1514/2001; TAR Lombardia – Milano, sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5633).

(6) Cfr., in dottrina, M. GRIGOLI, *Valutazioni sistematiche su alcuni profili dell'attuale assetto del diporto e del turismo nautico*, in *Giust. civ.*, 2005, 6, 261 ss.

(7) T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407.

(8) Cfr., Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui alla nota del Presidente 29 luglio 2008, n. 38332.

(9) Cfr., in proposito Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2994 secondo cui "l'attuazione dei principi comunitari (...) impone che la soluzione della sottrazione al mercato di un affidamento pubblico si atteggi a soluzione residuale alla quale ricorrere solo in caso di impossibilità di trovare soluzione alternativa efficiente; In terminis, cfr., TAR Lazio - Roma 16 ottobre 2007, n. 9988 ha precisato che ai fini dell'affidamento *in house* di un servizio pubblico locale, ai sensi dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. n. 267/2000 (come sostituito dal D.L. n. 269/2003), viene ad assumere un ruolo di primaria e imprescindibile rilevanza, indipendentemente dalla giuridica qualificazione della stessa struttura sociale (se, o meno, annoverabile tra i soggetti di diritto privato), quello del perseguimento di interessi interamente rivolti alla migliore efficienza del servizio di pubblica utenza)

(10) Così, in dottrina, C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?* in *Urb. e app.*, 12, 2008, 1417. S. POZZOLI, *Una prima lettura delle novità nel settore dei servizi pubblici locali alla luce dell'art. 23 bis del Dl. 112/2008*, sul sito www.astrid-online.it. Sull'evoluzione delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, cfr., G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in www.lexitalia.it; A. TRAVI, *Note introduttive*, in A. TRAVI, (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, 8; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; G. NAPOLITANO, *Dieci anni di riforme amministrative. I servizi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 7, 804. A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali. Modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24/11/2003, n. 326 e alla l. 24/12/2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it

(11) Cfr., *ex multis*, Segnalazione AGCM AS 375 del 14 dicembre 2006; AS 457 del 24 luglio 2008 e AS468 del 4 agosto 2008. Nello stesso senso, cfr. in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, ha chiarito che l'*in house providing* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento. Sui limiti all'affidamento diretto dei servizi pubblici locali, cfr., in dottrina, F. ELEFANTE, *Gli affidamenti "in house" nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1, 265 ss.; R. FANIZZI, *Il Consiglio di Stato accoglie una interpretazione restrittiva dei requisiti dell'"in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.* 2008, 4, 1057 ss.; B. GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove* (nota a Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, n. 548, sez. I), in *Foro amm. CDS*, 2006, 1,44 ss.; M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 929.

(12) Cfr., *ex multis*, TAR Liguria – Genova, sez. I, 23 ottobre 2001, n. 5584; TAR Lazio - Latina, 8 settembre 2006, n. 610; TAR Campania – Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2007, n. 10326; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

(13) Sul punto, cfr., in dottrina, S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Il diritto marittimo*, 2007, 4, 1063 ss.; S. BOTTACCHI, *Le concessioni demaniali marittime "per licenza": legittimazione all'impugnazione e applicabilità dei principi comunitari*, *ivi*, 2008, 2, 602 ss.

(14) A titolo meramente esemplificativo, cfr., TAR Sardegna, 28 febbraio 2002, n. 227 che ha ritenuto sussistente l'obbligo di pubblicazione della domanda della società Porto Torres di gestione, utilizzo e mantenimento

di "importantissime attrezzature portuali".

(15) Cfr., TAR Friuli Venezia Giulia, 17 ottobre 1994, n. 355 ha affermato che "la domanda, in caso di concessioni di particolare importanza, va pubblicata nelle forme di legge, onde consentire la presentazione di eventuali osservazioni, in ossequio al generale principio della necessaria corrispondenza fra chi inizia il procedimento concessorio e il destinatario dell'atto conclusivo".

(16) Così, in dottrina, M. SINISI, *La concessione di aree portuali tra obblighi procedurali e spazi discrezionali*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3, 649 ss.; E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 7-8, 2388.

(17) Così, TAR Campania – Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2007, n. 10326; *In terminis*, cfr., TAR Liguria, sez. I, 20 marzo, 2007, n. 546; TAR Liguria, sez. I, 26 aprile 2006, n. 406; TAR Lazio Latina, 8 settembre 2006, n. 610, *cit.* e, recentemente, TAR Lazio – Latina, 9 gennaio 2009, n. 12.

(18) Così, A. DEL DOTTO, *Aree demaniali marittime: procedure di concessione seguono l'evidenza pubblica*, (nota a TAR Campania – Napoli, 31 ottobre 2007, n. 10326, *cit.*) in www.altalex.com, il quale in linea con quanto affermato dal TAR Campania nella sentenza in commento, ha evidenziato che "la pubblicazione delle domande concessorie agli albi pretori o delle Capitanerie si palesa assolutamente insufficiente per garantire un livello di pubblicità adeguato, soprattutto ove il valore che per il mercato ha quel determinato bene è un valore economico assai elevato nonché un valore funzionale altissimo - dettato, ad esempio, dal fatto che l'essere concessionari di quel bene diventa essenziale e indispensabile per accedere all'esercizio di quella determinata attività di impresa e per garantire, pertanto, lo sviluppo di una concorrenza autentica".

(19) Cfr., Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421 e Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2008, n. 3326 hanno entrambe interpretato la pubblicità prevista dall'art. 18 reg. cit. quale condizione di legittimità della procedura di rilascio della concessione; cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168 ha chiarito che anche la fattispecie di cui all'art. 37, comma 2, cod. nav. (cd. diritto di insistenza) soggiace al medesimo principio, per cui è escluso che la P.A. possa procedere ad un rinnovo automatico della concessione in favore del precedente titolare. In dottrina, cfr. in proposito, L. R. PERFETTI, *"Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2, 621 ss.; M. ALESIO, *Il diritto di insistenza secondo la giurisprudenza amministrativa. Opinioni non conformi su una prelazione atipica*, in *D&G* 2003, 3, 36 ss.

(20) Cfr., 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", organizzato da Assonat-Federnautica il 12 e 13 settembre a Palermo) sul sito www.diritto.it

(21) Nello stesso senso, cfr., Dipartimento per le politiche europee, circolare 1° marzo 2007, in G.U. 15 maggio 2007, n. 111.