

All' Autorità Portuale di Cagliari

Parere sulla normativa del 15/02/2013

Oggetto: Concessioni demaniali marittime. Tracciabilità dei flussi finanziari.

In esito al quesito posto da codesta Autorità con nota prot. n. 5486/12, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 75491 del 31 luglio 2012, il Consiglio della scrivente Autorità, nell'adunanza del 16 e 17 gennaio 2013 (verbale n. 2/2013), ha deliberato le seguenti considerazioni.

Le concessioni demaniali marittime sono concessioni amministrative aventi ad oggetto l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni facenti parte del demanio necessario dello Stato (art. 822, comma 1, c.c.), dietro la corresponsione di un canone. Il rilascio di dette concessioni è attualmente disciplinato dal Codice della Navigazione che, all'art. 37, prevede che nel caso di più domande di concessione è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Il comma 2 del testo originario dell'articolo, che accordava preferenza alle precedenti concessioni rilasciate rispetto alle nuove istanze (c.d. diritto di insistenza), è stato modificato con l'eliminazione del diritto di insistenza, dal d.l. n. 194/2009 convertito dalla l. n. 25/2010 a seguito della procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4098 con cui la Commissione europea aveva sollevato questioni di compatibilità con il diritto comunitario ed in particolare con l'art. 43 (attualmente art. 49 TFUE) del trattato CE, relativo alla libertà di stabilimento.

Sempre a seguito della richiamata procedura di infrazione, peraltro successivamente archiviata in data 27 febbraio 2012, con legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010), il Governo è stato delegato ad adottare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

In esecuzione di detta delega è attualmente all'esame uno schema di decreto legislativo che introduce una specifica disciplina del rilascio delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative improntata ai principi dell'evidenza pubblica (procedura competitiva tra più candidati, in possesso dei requisiti richiesti, selezionati sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Parallelamente all'evoluzione normativa della materia, si è andato affermando un orientamento giurisprudenziale, che ormai può dirsi consolidato, che ritiene "anche sulla scia di importanti decisioni della Corte di Giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario rinvenibili direttamente nel Trattato CE, ma non per questo sorniti di immediata efficacia precettiva (il riferimento è, essenzialmente, al rispetto della libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché ai principi di par condicio, imparzialità e trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente. Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni), ed in particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorché risulti codificato nell'ambito delle stesse (art. 37 del cod. nav.) il cd diritto di insistenza in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio" (Consiglio di Stato 25 settembre 2009 n. 5765).

In particolare è stato precisato che "alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica (e, tra queste, specificamente ricomprese le concessioni demaniali marittime), poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti (TAR Campania, Napoli, VII, 3828/2009). Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali" (TAR Napoli, IV, 23 aprile 2010 n. 2085).

Dette pronunce, se da un lato affermano la necessità dell'adozione di procedure ad evidenza pubblica anche per il rilascio di concessioni demaniali, dall'altro confermano la distinzione dell'istituto della concessione di beni demaniali rispetto ai contratti pubblici di appalto, dei quali devono applicare i principi ma non la normativa di settore.

Tuttavia, si ritiene rilevante, ai fini della soluzione del quesito in esame, indagare se per il tramite del rilascio di concessioni demaniali marittime sia configurabile il rilascio di concessioni di lavori e di servizi pubblici.

L'Autorità si è già espressa in questo senso, con riferimento alle concessioni di lavori pubblici, dapprima nell'AG 17/03, e successivamente nella GE1468/09, dove è stato ritenuto che le concessioni per la realizzazione di strutture dedicate per la nautica da diporto, disciplinate dal d.P.R. n. 509/1997, siano configurabili come concessioni di costruzione e gestione di un'opera pubblica, o comunque finalizzate alla realizzazione di lavori pubblici dal momento che, ai sensi dell'art. 49 cod.

nav. - norma applicabile anche questa particolare fattispecie di concessione - salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, le opere non amovibili realizzate in esecuzione della concessione demaniale marittima di cui al d.P.R. n. 509/1994 restano acquisite allo Stato al termine della concessione medesima, concludendo per la necessità che l'affidamento avvenga mediante procedure improntate all'evidenza pubblica.

Similmente, si ritiene che la concessione demaniale marittima possa configurare una concessione di servizi quando l'utilizzo del bene demaniale si estrinsechi anche nell'esercizio di un servizio pubblico.

Una simile posizione è stata sostenuta dal TAR Toscana che, nella sentenza n. 162/2011, in conformità a Tar Campania, Napoli, VII, 5 dicembre 2008, n. 21241, ha ritenuto che la concessione demaniale marittima per la gestione degli ormeggi ovvero per la gestione delle attrezzature portuali (comprendente i servizi di prenotazione dei posti barca, la relativa assegnazione, la riscossione dei canoni di occupazione e lo svolgimento delle operazioni di ormeggio), alla luce dell'ampia definizione espressa dall'art. 112 del d.lgs. n. 167/2000, abbia per oggetto attività qualificabili come servizi pubblici locali, rispetto al cui esercizio l'utilizzo del demanio marittimo si pone come presupposto necessario.

Alla luce di dette considerazioni, si ritiene che tutte le volte in cui, attraverso il rilascio della concessione marittima, si realizza l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o di servizi pubblici, la concessione demaniale è soggetta sia agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio e di contribuzione verso l'Autorità sia agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

Per completezza, con riferimento a quest'ultimo aspetto, si evidenzia che, come precisato nella determinazione n. 4/2011, la peculiarità dello schema delle concessioni, per cui è possibile che non vi siano pagamenti effettuati dall'ente pubblico concedente in favore del soggetto privato concessionario (come si presume accada nel caso delle concessioni demaniali marittime), determina l'applicazione della tracciabilità ai pagamenti diretti agli operatori economici facenti parte della filiera rilevante, con la precisazione che non possono considerarsi parte della filiera gli utenti del servizio svolto dal concessionario. Ciò comporta che, in particolare nel caso di concessione demaniale marittima configurabile come concessione di servizi pubblici, l'ambito applicativo della l. n. 136/2010 parrebbe comunque decisamente ristretto.

Il Dirigente Generale
Maria Luisa Chimenti