

L'INCERTA NATURA GIURIDICA
DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME:
VERSO L'EROSIONE DELLA CATEGORIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La controversa applicazione del principio della concorrenza alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative: i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria. – 3. L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali: verso l'erosione della categoria. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative è da anni oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza alimentato da un quadro normativo non del tutto chiaro e in contrasto con il diritto europeo.

Tale contrasto, più volte evidenziato dalla giurisprudenza sia europea sia nazionale, è stato chiaramente certificato da recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 17 e 18 del 20 ottobre 2021)¹.

Le decisioni hanno una notevole rilevanza per i numerosi profili di diritto esaminati nonché, più in generale, perché evidenziano il ruolo “supplente” del giudice amministrativo rispetto a un legislatore riluttante nel disciplinare compiutamente la materia già oggetto di procedure di infrazione europee. Infatti, le decisioni hanno affermato non solo che le norme di proroga automatica delle concessioni sono in contrasto con il diritto europeo ma anche la decadenza delle stesse una volta spirato il

¹ In *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un primo commento alle decisioni si veda E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*; F.P. BELLO, *Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustiziainsieme.it*.

termine individuato dal giudice. Nella sostanza il Consiglio di Stato si è fatto “legislatore” individuando un termine di decadenza non previsto da alcuna disposizione normativa e, peraltro, del tutto disancorato dall’esercizio di qualsiasi potere amministrativo di ritiro o revisione dei precedenti provvedimenti adottati.

Il profilo, però, che verrà preso in considerazione in questa sede atiene alle considerazioni svolte dalle decisioni sulla natura giuridica delle concessioni demaniali per finalità turistico ricreative.

Il Consiglio di Stato, infatti, al fine di superare le tesi che negano la sottoposizione di tali concessioni all’evidenza pubblica in quanto non rientranti nella categoria delle autorizzazioni per attività previste dall’art. 12 della direttiva c.d. Bolkestein, afferma che alla distinzione fra autorizzazioni e concessioni non deve essere fornita una lettura di “stampo giuridico formale” propria del diritto nazionale quanto piuttosto che l’intera categoria deve “essere rivisitata nell’ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell’Unione”: trattandosi di un atto che procura un vantaggio patrimoniale a un privato, al di là del *nomen iuris*, deve essere sottoposto al principio dell’evidenza pubblica.

Non solo si scolora la distinzione fra autorizzazioni e concessioni, ma le statuizioni del Consiglio di Stato suscitano ulteriori riflessioni in ordine al problema della assimilazione di questi atti alle concessioni di opere e servizi oramai pacificamente ritenute fattispecie contrattuali. Ma nel caso delle concessioni di beni demaniali nessuna norma qualifica in tal senso l’istituto. Pur non rientrando tra i contratti, con l’affermazione dell’evidenza pubblica, la concessione di bene per finalità turistico ricreativa perde i connotati tradizionali caratterizzati dall’esercizio del potere unilaterale e imperativo rientrando in quelle fattispecie in cui la pubblica amministrazione negozia l’assetto degli interessi con il privato. Si ritiene, quindi, che in questi casi si possa configurare la concessione in termini di accordo amministrativo *ex art. 11 della legge 241/1990*.

Peraltro, dall’applicazione del principio dell’evidenza pubblica, oramai giustamente ineludibile, derivano ulteriori dubbi in relazione alla finalità che deve avere la gara pubblica.

Infatti, nell’ambito della disciplina delle concessioni di servizi e lavori, l’evidenza pubblica ha come finalità quella di scegliere il migliore “cessionario”, ossia quello più affidabile che garantisce lo svolgimento delle prestazioni contrattuali e la gestione dell’intervento pubblico nel modo migliore garantendo un equilibrio tra l’interesse pubblico e quello privato. Occorre chiedersi se tale finalità possa caratterizzare una

procedura avente a oggetto il mero sfruttamento del bene pubblico ai fini esclusivamente lucrativi senza che venga in rilievo alcun connotato pubblicistico dell'attività svolta dall'imprenditore. L'interrogativo riguarda, quindi, l'oggetto della gara, i requisiti di partecipazione che devono essere posseduti dai concorrenti e le modalità di svolgimento della stessa.

2. *La controversa applicazione del principio della concorrenza alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative: i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria*

Come noto la questione di cui si sono occupate le decisioni del Consiglio di Stato riguarda la necessità o meno, alla luce del diritto europeo e in particolare della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) di procedere, una volta scadute le concessioni, a una selezione pubblica per l'individuazione del nuovo concessionario. In tal senso si era espressa la Corte di giustizia UE (sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) secondo la quale l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE “*deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati*”². Tali concessioni, quindi, rientrano nel campo applicativo della direttiva fermo restando il potere del giudice nazionale di valutare la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. Infatti, la direttiva prevede che “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”. In questi casi, quindi, l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata e non può prevedere alcuna “*procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*”³.

² C.d. decisione “Promoimpresa”.

³ Per un commento sulla citata decisione si veda G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Gda*, 2017, 60; M. MAGRI, “Diret-

A discapito del dato normativo europeo e dell'interpretazione della Corte di Giustizia, il legislatore nazionale ha previsto continue proroghe automatiche alla durata delle concessioni evitando così il ricorso alle procedure a evidenza pubblica imposte dal diritto europeo⁴.

tiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della corte di giustizia U.E., in *Rged*, 2016, 359. Più recentemente sul tema si vedano M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino 2020; F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Rged*, 2020, 261; S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico ricreative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 625; M. CONTICELLI, *Effetti e paradossi dell'inerzia del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*; in *Giur. cost.* 2020, 2475; G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla commissione europea*, in *Urb. app.*, 2021, 153

⁴ In particolare, l'art. 1, c. 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), ha prorogato per quindici anni le concessioni demaniali marittime (fino al 2033). Tali norme hanno causato l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea in data 3 dicembre 2020. Da ultimo, per far fronte alla crisi economica derivante dall'emergenza sanitaria, l'art. 182, c. 2, del d.l. n. 34 del 2020, ha previsto una moratoria generalizzata al ricorso alle gare per le concessioni. A contribuire a rendere il quadro ancora più complesso si sono inserite alcune disposizioni regionali che hanno replicato le norme statali riguardanti le proroghe automatiche delle concessioni. Tali normative però sono state impugnate dallo Stato che le ha ritenute lesive delle competenze statali in materia di tutela della concorrenza (ex art. 117, c. 2, lett. e, Cost.). In particolare, la questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale con la decisione 9 giugno 2021, n. 139. In quel contenzioso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 che prevedeva che la validità delle concessioni con finalità turistico-ricreative e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, si estendesse a domanda dei concessionari, fino al 31 dicembre 2033. Si trattava, quindi, di una legge regionale che riproduceva il meccanismo statale della proroga automatica delle concessioni. La Corte costituzionale con la sentenza 139/2021 ha statuito che la regione Friuli Venezia Giulia, pur essendo titolare di competenze legislative primarie in materia di ittica, pesca e turismo, nonché delle competenze amministrative sul demanio marittimo, lacuale e fluviale, ha leso la competenza legislativa statale in materia di concorrenza prevedendo una proroga delle concessioni in essere sino al 2033 non favorendo il ricorso a procedure di selezione pubblica e, quindi, limitando la concorrenza fra imprese. La Corte, inoltre, ha precisato che in questo campo la regione non può vantare alcuna competenza statutaria. Tale contraddittorio quadro normativo ha dato luogo a differenti approcci delle amministrazioni concedenti alcune delle quali, in ossequio alla normativa europea favorevole alle procedure a evidenza pubblica, hanno negato le proroghe, disapplicando la normativa nazionale (in alcuni casi sono state concesse solo mere proroghe tecniche in attesa delle gare); altre amministrazioni hanno deciso in senso diametralmente opposto concedendo proroghe in applicazione della disciplina nazionale. Ovviamente, questa complessa situazione ha generato un consistente contenzioso con decisioni ondivaghe

Le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria (20 ottobre 2021, n. 17

sia di primo sia di secondo grado. Al fine di dirimere le numerose questioni interpretative in materia, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto 24 maggio 2021, n. 160, ha deferito d'ufficio all'Adunanza plenaria due appelli in materia. Il potere officioso ex art. 99 c. 2 c.p.a. è stato utilizzato raramente e ciò dimostra la rilevanza delle questioni sottoposte al massimo organo della giustizia amministrativa. Il provvedimento presidenziale riguarda due ricorsi in appello rispettivamente sulle decisioni del Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 gennaio 2021, n. 73 e Tar Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504. Le due controversie riguardavano il rigetto di istanze di proroga di concessioni con due decisioni dall'esito opposto. Con la prima decisione, il Tar Puglia ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento del Comune di Lecce con il quale si rigettava la richiesta della proroga automatica di una concessione in quanto in palese contrasto con la normativa nazionale ritenuta l'unica applicabile stante la sua prevalenza rispetto alla direttiva *Bolkestein* ritenuta non autoesecutiva e, pertanto, non suscettibile di diretta e immediata applicazione. Il Tar, infatti, non ha ritenuto sussistenti i requisiti oggettivi dell'autoesecutività ossia l'inutile decorso del termine di moratoria concesso dalla U.E. allo stato nazionale e un contenuto normativo della direttiva specifico e compiuto che non lascia alcuna discrezionalità e alcuno spazio di intervento al legislatore nazionale, risultando tecnicamente idonea a regolare direttamente i rapporti fra privato e pubblica amministrazione e/o tra privati. Secondo il Tar Puglia sarebbe necessaria la normativa nazionale attuativa e di riordino del settore che dovrebbe individuare la durata delle concessioni; le norme in materia di procedure selettive; la previsione di un indennizzo per i precedenti concessionari e, quindi, norme a tutela del loro legittimo affidamento. Stante la natura non autoesecutiva della direttiva non sussisterebbe in capo alla pubblica amministrazione alcun obbligo di applicazione immediata della norma europea. Per cui un provvedimento amministrativo che disapplichi la norma nazionale sarebbe illegittimo per violazione di legge. Da ciò deriva la decisione del Presidente del Consiglio di Stato che con il citato decreto ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti: "1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudizio favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145."

e 18) hanno affermato la piena applicabilità della direttiva *Bolkestein* alle concessioni demaniali marittime in consonanza con quanto sostenuto dalla decisione “Promoimpresa” sulla base di un’articolata argomentazione.

Il Consiglio di Stato ha svolto alcune considerazioni sul “mercato” delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative. Si è specificato che in questi casi a venire in rilievo come strumento di guadagno offerto dalla pubblica amministrazione non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio. Ciò che contraddistingue queste concessioni dagli appalti o dalle concessioni di servizi è che la pubblica amministrazione mette a disposizione dei privati un complesso di beni demaniali e che costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più attrattivi nel mondo. Infatti, il giro di affari stimato sia aggira nell’ordine di quindici miliardi di euro mentre l’ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro per cui si rende evidente il potenziale guadagno per le pubbliche amministrazioni da una gestione maggiormente efficiente delle concessioni.

Questa eccezionale potenzialità economica dimostra che le concessioni non possono essere sottratte al regime della concorrenza e dell’evidenza pubblica in quanto esse hanno un interesse transfrontaliero certo ai sensi dell’articolo 49 del TFUE che disciplina la libertà di stabilimento nei paesi membri della unione europea.

Oltre a questo argomento, il Consiglio di Stato afferma che l’obbligo di evidenza pubblica discende direttamente dall’applicazione dell’articolo 12 della direttiva servizi, che prescinde dall’individuazione dell’interesse transfrontaliero certo.

Le affermazioni più interessanti della sentenza riguardano proprio la qualificazione delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative in termini di autorizzazioni di servizi ai sensi dell’articolo 12 della direttiva.

L’Adunanza Plenaria, infatti, supera la tesi che nega l’applicazione di tale normativa sulla base dell’osservazione che in questi casi la concessione attribuirebbe il bene, o meglio il diritto di sfruttarlo, ma non autorizza l’esercizio dell’attività e che, inoltre, comunque le attività svolte dal concessionario non sarebbero identificabili in attività di servizi.

Per il giudice amministrativo tale impostazione risulta “meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un nuovo diritto su un’area demaniale) e autorizzazione di

attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente)". A fronte di tale distinzione occorre operare, invece, una lettura "funzionale pragmatica" della natura dell'istituto. Infatti da tempo, il diritto dell'Unione ha dato impulso ad una rivisitazione in chiave sostanzialistica delle concessioni amministrative attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione "il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi". D'altra parte la stessa direttiva considera "servizi" anche le attività di locazione di un bene immobile, per cui la locazione (*rectius* concessione) di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce attività economica rientrante nell'ambito applicativo della normativa europea. Quindi, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale a un operatore economico, consentendogli di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere un'attività di impresa erogando servizi turistico ricreativi va considerato un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre all'evidenza pubblica.

In tal senso non ha neppure pregio valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale per eludere il principio della concorrenza. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il concetto di scarsità deve essere interpretato tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio. Considerando che in tutto il territorio nazionale le aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche a operatori economici diversi da quelli già concessionari sono limitate, in quanto la maggior parte delle coste sono occupate da stabilimenti balneari, sussiste il requisito della scarsità della risorsa che rende applicabile l'articolo 12 della direttiva.

Il confronto competitivo sarebbe uno strumento non solo per la selezione più efficace del miglior contraente, ma anche un mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere di accesso.

Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, il confronto concorrenziale sa-

rebbe estremamente utile per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una offerta di servizi pubblici più efficienti e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica del nostro Paese.

Le questioni relative alla natura giuridica delle concessioni verranno affrontate in seguito, ma sul tema della “scarsità” della risorsa così come affrontato dal Consiglio di Stato occorre sollevare qualche dubbio. In effetti la decisione considera la risorsa “scarsa” sulla base di dati riguardanti tutto il territorio nazionale, senza operare alcun approfondimento sul tema.

La valutazione in relazione alla natura “scarsa” della risorsa è configurata dalla norma europea come presupposto indefettibile per indire le singole procedure di gara per la concessione. Ciò significa che ogni pubblica amministrazione dovrà tener conto della situazione specifica del proprio territorio per valutare se sia sussistente il presupposto previsto dalla norma. Non si ritiene possibile, quindi, che la valutazione su tale presupposto venga operata in via generale e “sostitutiva” da parte della decisione senza, peraltro, un’adeguata mappatura della situazione esistente sui singoli territori.

La decisione del Consiglio di Stato affronta anche altri relevantissimi aspetti della questione a partire dalla affermazione della natura *self-executing* della direttiva che determinerebbe la non applicazione della disciplina nazionale contenente la proroga *ex lege* fino al 2033 e imporrebbe una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Inoltre, viene affermato che l’obbligo di non applicare la legge anticomunitaria debba gravare anche in capo all’apparato amministrativo oltre che al giudice.

Sull’obbligo da parte degli amministrazioni di disapplicare la normativa difforme dal diritto europeo si osserva che, se in via astratta è soluzione conforme ai principi generali più volte ribaditi dalla giurisprudenza, appare tuttavia nel concreto di difficile attuazione in quanto comporta valutazioni molto spesso caratterizzate da un elevato livello di complessità e opinabilità (come in questo caso in cui è addirittura discussa la natura autoesecutiva della direttiva) e che potrebbero indurre i funzionari pubblici a privilegiare soluzioni chiaramente imposte da norme nazionali, disinteressandosi del diritto europeo di incerta applicazione per evitare rischi di contenzioso e di responsabilità.

Ecco perché in questa materia è indispensabile una normativa chiara

che contribuisca alla regolazione dei rapporti giuridici evitando dubbi applicativi.

Vengono respinti anche gli argomenti che fanno leva sulla tutela del legittimo affidamento degli operatori economici concessionari in quanto la situazione relativa al destino delle concessioni balneari era da tempo nota agli operatori tanto è vero che la prima procedura di infrazione risale al 2008.

È, inoltre, affrontato il tema della sussistenza o meno dell'obbligo di autotutela con riferimento a un provvedimento amministrativo emanato in contrasto con il diritto europeo. Per superare le difficoltà, anche derivanti dalla giurisprudenza comunitaria, che escludono un obbligo di autotutela, a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudice, il Consiglio di Stato ritiene che nel caso in questione non si ponga il problema dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Infatti, l'atto di proroga sarebbe un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e, quindi, alla stessa riconducibile. La proroga sarebbe disposta da una legge-provvedimento per cui l'atto amministrativo non è espressione di un potere autoritativo. Da ciò deriva che non verrebbe in rilievo la necessità che si adotti un provvedimento di secondo grado, espressione del potere di autotutela perché questo non può avere a oggetto una disciplina contenuta nella legge.

Sul punto la decisione del Consiglio di Stato non è condivisibile.

Infatti, comunque la proroga, ancorché prevista dalla legge in via generalizzata, è stata riconosciuta sulla base dell'esercizio di un potere tramite un atto amministrativo. Infatti, il provvedimento di proroga deve quantomeno accertare la sussistenza dei requisiti che giustificano la sua adozione e ciò comporta una valutazione da parte dell'autorità amministrativa che viene effettuata dal provvedimento. Solo con il provvedimento, ossia attraverso l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, si realizza l'effetto giuridico di proroga voluto dalla legge. Nell'ipotesi in questione si tratta di un'attività al più vincolata, ma anche all'atto totalmente vincolato non può essere negata la natura provvedimentale: ciò significa che l'effetto giuridico è costituito dall'atto anche se è determinato dalla disposizione vincolante⁵. L'esercizio del

⁵ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.* 1995, 286. Si veda anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017, 79, i quali danno conto del dibattito che intorno alla contrastata natura provvedimentale dell'attività vincolata è stato sollevato soprattutto in

potere amministrativo viene in rilievo anche nelle ipotesi in cui, come in questo caso, ci si trova di fronte a una norma che prevede un'attività vincolata della pubblica amministrazione. Per cui rilevando l'esercizio di un potere vincolato espresso tramite un atto amministrativo è chiaro che per la rimozione dell'atto di primo grado sia necessario l'esercizio del potere di autotutela.

Sembra, però, che la decisione, affermando la natura ricognitiva dell'atto amministrativo, consideri la proroga *tamquam non esset*, in quanto contraria al diritto europeo. Ma per arrivare ad affermare che l'atto di proroga non produce alcun effetto giuridico, pur esistendo nel mondo giuridico stesso, il giudice amministrativo avrebbe dovuto correttamente procedere a una sua disapplicazione e, quindi, non tenerne conto ai fini della controversia. Il giudice, però, non ritiene di qualificare in tal modo il proprio potere, probabilmente temendo di creare un precedente per il pieno riconoscimento del potere di disapplicazione dell'atto nel processo amministrativo.

Sul punto occorre osservare che l'affermazione del potere di disapplicazione dell'atto (al di là della disapplicazione regolamentare) non è affatto contrario ai principi del processo amministrativo, anzi risulta espressione dell'effettività della tutela giurisdizionale in un contesto che ha ampliato i poteri del giudice alla luce della atipicità delle azioni previste dal codice del processo amministrativo⁶.

L'incompatibilità europea della legge nazionale che dispone la proroga generalizzata e automatica delle concessioni, secondo il Consiglio di Stato, non farebbe produrre alcun effetto giuridico agli atti adottati (anche se confermati da un giudicato favorevole) per cui i rapporti concessori dovrebbero venir automaticamente meno all'esito della pronuncia giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato però ritenendo che un'immediata e improvvisa cessazione dei rapporti concessori possa avere gravi conseguenze sulle posizioni degli imprenditori, modula gli effetti temporali della propria decisione derogando al principio di retroattività dell'annullamento giuri-

relazione alle situazioni soggettive che si confronterebbero nell'ambito dei rapporti giuridici scaturenti da questi atti. Non più interessi legittimi ma diritti soggettivi con il conseguente spostamento della giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario (sul punto si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova 1996).

⁶ Sul punto sia consentito rinviare a R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino 2011.

sdizionale. Ciò anche al fine di consentire al Governo e al Parlamento di approvare una normativa di riordino della materia. Pertanto, l'Adunanza plenaria individua autonomamente un lasso di tempo che ritiene ragionevole per l'operatività degli effetti della decisione (31 dicembre 2023): "scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia -o meno- un soggetto subentrante nella concessione".

Il giudice, quindi, si sostituisce al legislatore individuando un termine di validità delle concessioni del tutto sganciato da qualsiasi disposizione normativa; non solo ma lo stesso giudice afferma che qualsiasi proroga al termine individuato dalla decisione deve considerarsi contraria al diritto dell'unione e pertanto rende *tamquam non esset* le concessioni.

Nell'opera di sostituzione del legislatore, il Consiglio di Stato poi sembra dettare le regole per le successive gare improntando un *vademecum* che dovrà seguire la normativa di riordino del settore.

Dovranno innanzitutto essere valorizzati in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale. A tutela del legittimo affidamento delle autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, l'indizione di procedure competitive dovrà essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli investimenti effettuati dei concessionari uscenti. Viene declinata anche l'applicazione del principio della rotazione, non espressamente previsto dall'articolo 12 della direttiva. In tal senso il giudice afferma che nel conferimento delle concessioni andrebbero evitate ipotesi di preferenza automatica per i gestori uscenti. Ciò significa anche che il concessionario uscente potrà partecipare alla gara ma in condizioni di parità con gli altri aspiranti.

Inoltre, i criteri di selezione dovrebbero riguardare anche la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. I criteri tecnici professionali devono valorizzare l'esperienza professionale e il *know how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi, anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale. Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta possono riguardare gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

Il Consiglio di Stato però in questa operazione di individuazione delle regole non si spinge oltre consapevole delle difficoltà e delle implicazioni delle proprie affermazioni. Infatti, come si avrà modo di rilevare in

seguito, risulta problematico a questo punto individuare con precisione l'oggetto della gara e, conseguentemente, i requisiti che debba possedere il concorrente.

Il tema della durata è un altro problema che il Consiglio di Stato affronta affermando che la durata dovrebbe essere commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito. Anche la misura dei canoni concessori dover essere oggetto della procedura competitiva e riflettere il reale valore economico e turistico del bene oggetto dell'affidamento.

3. *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali: verso l'erosione della categoria*

Le nette affermazioni del Consiglio di Stato con riferimento all'applicazione del principio dell'evidenza pubblica pongono rilevanti problemi in relazione all'esatta individuazione della natura giuridica delle concessioni demaniali.

La proposizione di una rilettura di tale istituto in chiave "funzionale e pragmatica" suggerisce, infatti, che si stia intraprendendo un percorso simile a quello che ha portato ad attribuire natura negoziale alle concessioni di lavori e di servizi. Infatti, per le citate concessioni si era da tempo posto il problema relativo all'elusione del principio della concorrenza derivante dal loro inquadramento in chiave pubblicistica sia con riferimento all'individuazione del concessionario sia per la scelta del contraente da parte dei concessionari. A monte, l'individuazione del concessionario da parte dell'amministrazione avveniva direttamente con il provvedimento senza alcun confronto competitivo. A valle, i concessionari, in quanto soggetti privati, non ritenevano di dover seguire le norme dell'evidenza pubblica per selezionare i propri contraenti, poiché tale scelta si sarebbe dovuta effettuare tramite la libera negoziazione privatistica senza alcun obbligo di un confronto concorrenziale. Per ovviare a tali problemi l'evoluzione della legislazione europea ha portato alla configurazione della concessione non più in termini pubblicistici ma come manifestazione dell'attività consensuale delle pubbliche amministrazioni⁷. Le concessio-

⁷ Su tale evoluzione si veda D. SIMEOLI, *Concessioni e servizi di interesse economico generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V., Milano 2019, 27.

ni di lavori e servizi, quindi, sono da considerarsi contratti tra il soggetto pubblico e il soggetto privato caratterizzati dall'allocazione in capo al privato del rischio economico finanziario dell'operazione. Tali contratti presentano le medesime caratteristiche dell'appalto, a eccezione del fatto che la controprestazione consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato dal pagamento di un prezzo.

Il diritto europeo, quindi, si è concentrato su una definizione dell'istituto di carattere economico finanziario, non preoccupandosi del problema della natura giuridica dell'atto di conferimento o del trasferimento dei poteri pubblicistici ai soggetti privati e tale lettura è stata causata dal timore che una classificazione in termini pubblicistici avrebbe in qualche modo ristretto l'ambito applicativo dell'istituto, favorendo discipline speciali e discriminatorie che avrebbero creato ostacoli alla libertà di trasferimento e di prestazione di servizi⁸.

Il Consiglio di Stato sembra intraprendere questa strada con riferimento alle concessioni demaniali anche se con un percorso argomentativo non sempre coerente, nella consapevolezza che a tali fattispecie non si possono applicare direttamente le norme in materia di contratti pubblici.

La decisione prende spunto dalla sentenza "Promoimpresa" per superare le tesi che ritenevano non applicabile la direttiva servizi alle concessioni demaniali in quanto non assimilabili alle autorizzazioni prese in considerazione dalla normativa comunitaria.

La sentenza "Promoimpresa", infatti, partiva dall'evidenziare il contenuto di alcuni "considerando" della direttiva per equiparare le due categorie provvedimentali ai fini dell'applicazione dell'evidenza pubblica. Il considerando 39 affermava che "la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale". Mentre il considerando 57 afferma che "le disposizioni della presente

⁸ Si veda sulle concessioni F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir., Annali*, 2007, vol. I, 250, il quale rinviene vari fattori di crisi del modello concessorio. Tra questi si individuano le trasformazioni del tessuto normativo, la modificazione del rapporto fra potere e libertà, l'influenza del diritto europeo che concepisce la concessione come uno strumento potenzialmente lesivo della concorrenza e l'elaborazione giurisprudenziale. Tali fattori, infatti, determinano "un progressivo scostamento della concessione da un chiaro e ben definito modello, anche definitorio, inizialmente proposto dalla dottrina giuspubblicistica".

direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente". Viene, però espressamente esclusa l'applicazione della direttiva alle fattispecie riguardanti "la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici".

Più in particolare, la direttiva definisce come "regime di autorizzazione": qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio. Quindi, il punto fondamentale per la direttiva non è tanto la natura giuridica dell'atto (sia esso concessione o autorizzazione) quanto piuttosto che l'autorità amministrativa autorizzi un'attività "di servizio" o il suo esercizio (art. 4.6). Il successivo art.12 impone, poi, la procedura di selezione nei casi in cui il numero delle autorizzazioni sia limitato per via della scarsità della risorsa.

Sempre la decisione "Promoimpresa" chiariva che nel caso delle concessioni balneari non si sarebbe dovuta applicare la disciplina delle concessioni di servizi in quanto queste sono caratterizzate da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità a un concessionario e che questi dispone di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione. Invece, le concessioni di beni demaniali non riguardano una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, ma un'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale.

Da queste considerazioni il Consiglio di Stato trae spunto per affermare innanzitutto che l'attività "di servizi" ai quali si riferisce la direttiva deve interpretarsi come attività economica e, quindi, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale a un operatore economico, consentendo grazie a questo bene di svolgere un'attività di impresa, erogando servizi turistico ricreativi, si deve considerare "autorizzazione di servizi".

Concessioni e autorizzazioni si confondono in quanto tutti e due atti che consentono lo svolgimento di un'attività di rilievo economico. Infatti, anche le concessioni di beni consentono di svolgere un'attività economica sfruttando il bene demaniale e ciò appare in linea con quella tendenza,

espressa anche dalla dottrina, alla “patrimonializzazione del beni pubblici”⁹.

Ma da questa “confusione” tra categorie occorre chiedersi se la valorizzazione operata dal diritto europeo del principio della concorrenza faccia addirittura mutare natura giuridica alle concessioni di beni nel senso di una loro contrattualizzazione così come accaduto per quelle di opere e servizi.

La decisione del Consiglio di Stato non prende una specifica posizione sulla questione ma occorre rilevare che essa in più punti appare ambigua. Tale incertezza in ordine alla qualificazione giuridica della concessione è da subito evidente allorché la decisione fa esplicito riferimento al tema dell’“interesse transfrontaliero certo” che, come è noto, si riferisce essenzialmente all’attività negoziale delle pubbliche amministrazioni. Infatti, la decisione, per precisare il concetto di interesse transfrontaliero, prende in esame la giurisprudenza europea sui contratti della pubblica amministrazione.

Ma ulteriore elemento di ambiguità è rappresentato dall’affermazione secondo la quale “il confronto concorrenziale è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita”. Il riferimento ai “servizi pubblici” appare tradire una certa confusione in ordine all’oggetto della concessione. Non si riesce a comprendere se l’oggetto della concessione sia il bene o il suo utilizzo attraverso l’attività economica dell’imprenditore che può assumere anche i connotati di servizio pubblico. Se però si accede alla tesi che l’attività svolta dai concessionari si possa, in parte, inquadrare nell’ambito dei servizi pubblici è di tutta evidenza che a questa si debba applicare il regime

⁹ Sul punto si veda A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2019, 436, il quale evidenzia che al di là della disciplina codicistica dei beni pubblici vi sono normative speciali che fanno propendere per un generale ripensamento della nozione di bene pubblico orientata a privilegiare maggiormente il profilo oggettivo rispetto a quello soggettivo superando gli ostacoli che limitano la possibilità di valorizzazione e di gestione economica dei beni. Ciò implica una accezione “funzionale”, “dinamica” ovvero “oggettiva” dei beni pubblici per cui si può ipotizzare una forma alternativa di tutela che prescindendo dall’appartenenza al soggetto pubblico, portando a verificare la possibilità di un’interpretazione volta a “patrimonializzare” la classificazione originaria dei beni pubblici.

giuridico previsto per i contratti di concessione e, quindi, che tali fatti-specie rientrino nell'attività negoziale dell'amministrazione.

Peraltro, la circostanza che ad alcuni segmenti dell'attività del concessionario si attribuisca la natura di servizio pubblico potrebbe trovare appiglio nelle norme del codice della navigazione che impongono specifici obblighi al concessionario.

Infatti, se è vero che l'interesse a libero accesso della spiaggia ha ceduto il passo all'istanza del turista di godere, con comodità e sicurezza, dei servizi offerti da uno stabilimento balneare¹⁰ e ciò ha fatto diventare la spiaggia strumento per l'esercizio di attività imprenditoriali di servizi è altrettanto certo che tali nuove prospettive non hanno comunque escluso che la concessione debba comunque rispettare le "esigenze del pubblico uso" di cui all'art. 36 del codice della navigazione. Tali esigenze, poi, si traducono in specifici obblighi del concessionario concernenti l'interesse pubblico che l'amministrazione con la concessione intende perseguire ossia la migliore fruizione della spiaggia e del mare ai turisti¹¹. Gli obblighi ai quali il concessionario è sottoposto consistono essenzialmente nel mantenimento della pulizia delle aree in concessione e degli spazi limitrofi, nel garantire servizi igienico sanitari, nel garantire il salvataggio e nel garantire il transito libero e gratuito per l'accesso alla battigia (anche per i soggetti disabili). A tal fine il concedente deve costantemente monitorare il corretto rispetto degli obblighi da parte del concessionario e, nel caso di inadempimento, adottare il provvedimento di decadenza. In tali obblighi si può rinvenire il connotato pubblicistico dell'attività economica espletata dal concessionario.

Ma a dire il vero questi obblighi, sia pure consistenti, non sono tali da rendere l'attività del concessionario volta all'erogazione di un servizio nei confronti della collettività quanto piuttosto a garantire l'uso corretto del bene che rimane principalmente oggetto di attività imprenditoriale, ossia di attività lucrativa attraverso la quale si prestano servizi alla clientela.

¹⁰ R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, Torino 2014, 140.

¹¹ L'art. 1 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 494) dispone che "la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

Peraltro tale considerazione induce a ritenere che l'oggetto della concessione di bene demaniale non si rinvenga principalmente nel bene concesso quanto piuttosto nell'attività economica che il concessionario, con propri mezzi, intende svolgere sull'area concessa¹².

A ben vedere, però, si tratta di un uso particolare a fini lucrativi colorito da prestazioni che hanno il connotato pubblicistico (si tratta di quelle inerenti gli obblighi relativi alla gestione del bene pubblico sopra individuati)¹³. Ci si trova in presenza di un istituto di "frontiera": non si tratta di un vero e proprio contratto ma è ipotesi che si avvicina molto a esso anche perché sono talmente consistenti i profili per i quali si deve concordare l'assetto di interessi in gioco che rimane difficile un inquadramento della fattispecie in termini unilaterali e imperativi.

La conferma che non ci si trovi dinanzi a un contratto della pubblica amministrazione deriva anche dal fatto che nessuna norma qualifica in tal senso la concessione demaniale a differenza di quanto è previsto per quelle di opere o di servizi.

La fattispecie, allora, deve essere inquadrata nell'ambito della attività pubblicistica dell'amministrazione che, però, come detto perde i connotati tradizionali della unilateralità e della imperatività.

Oggetto di negoziazione sono: le tipologie di attività economiche esercitabili da parte del concessionario; gli obblighi relativi all'uso pubblico della spiaggia; la durata della concessione; i profili di tutela sociale, del lavoro e ambientale; la determinazione del canone.

Se, quindi, si vuole continuare a mantenere le concessioni demaniali nell'alveo pubblicistico occorre inquadrare la fattispecie nella categoria degli accordi sostitutivi del provvedimento ex art. 11 della legge 241/1990.

Solo, infatti, con l'accordo possono essere individuate, caso per caso, le specifiche condizioni che devono regolare la concessione del bene demaniale.

Tale ricostruzione è differente rispetto a quella tradizionale della concessione- contratto ossia del modello duale con la previsione di un contratto accessivo al provvedimento, che comporta problemi di individuazione dei regimi applicabili ai due atti (provvedimento e contratto)¹⁴. Inquadrando in tal modo la concessione, la parte "contrattuale" viene

¹² M. TIMO, *Funzioni amministrative*, cit. 34.

¹³ Sui possibili usi dei beni pubblici si veda, A. POLICE, *op. cit.*, 434. Per una recente ricostruzione del dibattito relativo agli usi dei beni pubblici si veda M. TIMO, *op. cit.*, 74.

¹⁴ Ciò anche con riferimento ai possibili problemi relativi all'incidenza dei vizi del

assorbita dall'accordo pubblicitario stante l'impossibilità della qualificazione della fattispecie in termini negoziali. Il regime sarà, quindi, quello previsto per gli accordi dalla legge generale sul procedimento.

Tale accordo, però, deve essere stipulato solo a seguito dell'individuazione del concessionario attraverso una procedura a evidenza pubblica. Si tratta, evidentemente, di una peculiarità rispetto al modello "puro" di accordo *ex lege* 241/1990 che prevede una fase di "trattativa" con un unico soggetto privato¹⁵.

La procedura a evidenza pubblica si caratterizza come fase di trattativa "multipla" finalizzata alla stipula dell'accordo.

Ciò implica che con gli imprenditori aspiranti concessionari l'amministrazione dovrà affinare il contenuto dell'accordo in sede di gara.

Queste considerazioni hanno una ricaduta pratica anche sui modelli di procedura/trattativa che possono essere utilizzati.

Infatti, la procedura di selezione deve essere connotata da notevole flessibilità, come peraltro, si intuisce dalla stessa sentenza del Consiglio di Stato.

La decisione, infatti, mette in evidenza che le procedure dovranno valorizzare profili di politica sociale, del lavoro e di tutela ambientale; dovranno prevedere criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi; dovranno prevedere criteri relativi alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto. I criteri, pur nel rispetto della *par condicio*, devono consentire anche la valorizzazione dell'esperienza professionale e del *know how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi, anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico ricettivo del territorio locale. Infine, gli elementi dell'offerta possono riguardare standard qualitativi dei servizi, sostenibilità sociale ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

Le procedure tradizionali, come quella aperta o ristretta, previste dal codice dei contratti, non sono adatte all'aggiudicazione di queste particolari concessioni.

L'amministrazione nel momento in cui indice la gara potrebbe non avere chiaro il quadro delle prestazioni e quello economico-finanziario entro il quale si svolgerà l'attività imprenditoriale. I singoli partecipanti,

provvedimento sul contratto e ai problemi di individuazione della giurisdizione in caso di contenzioso sull'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

¹⁵ La fase della trattativa è prevista dall'art. 11, c. 1 bis, della legge 241/1990.

anche in relazione alle loro pregresse esperienze, dovranno fornire adeguati piani economico finanziari, comprensivi degli investimenti che intendranno effettuare per garantire il migliore sfruttamento del bene e l'equilibrio del loro piano finanziario.

Una tale procedura deve richiedere un'accurata negoziazione di tutti gli aspetti appena elencati con gli aspiranti contraenti e, di conseguenza, l'oggetto della procedura può essere individuato a monte solo in via generica dall'amministrazione.

Le prestazioni oggetto della concessione potranno essere specificate in corso di gara solo a seguito di specifiche negoziazioni con i concorrenti.

Da ciò deriva che la procedura di affidamento della concessione può essere modellata sulla base del dialogo competitivo previsto dal codice dei contratti, che rappresenta la migliore soluzione per quelle fattispecie che prevedono un rilevante coinvolgimento del privato nell'attività da gestire¹⁶. Tale procedura, infatti, offre una valida combinazione tra elementi propri delle procedure ristrette e delle procedure negoziate, consentendo all'amministrazione di negoziare l'oggetto delle prestazioni a carico del privato, a differenza dei tradizionali sistemi di aggiudicazione, ove il contenuto del contratto è prestabilito fin dalla presentazione dei capitolati che le imprese sono tenute ad accettare. Sono gli stessi candidati, quindi, che concorrono a definire i profili contrattuali e non è l'amministrazione a predeterminarli. Al privato si chiede di proporre un progetto, di stabilirne la copertura finanziaria e di affinare progressivamente l'offerta tecnica.

Un altro problema riguarda il raggio di azione del principio della concorrenza.

Infatti, occorre chiedersi se il principio della gara pubblica di debba applicare anche alle ipotesi di sub ingresso nella concessione.

In queste fattispecie si può riscontrare un evidente contrasto fra quanto affermato in generale dalla disciplina europea e la normativa nazionale.

Ai sensi dell'art. 46 del codice della navigazione "quando il concessionario intende sostituire altri nel godimento della concessione deve chiedere l'autorizzazione dell'autorità concedente. In caso di vendita o

¹⁶ Il codice dei contratti definisce il dialogo competitivo (art. 3, c. 1, lett. *vvv*) come una "procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura".

di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità concedente".

Tale norma, però, è incompatibile con l'affermata applicazione delle regole concorrenziali. Infatti, nel caso di subingresso nell'attività di gestione non sembra più sufficiente la mera autorizzazione da parte dell'amministrazione ma è necessaria la procedura ad evidenza pubblica. L'ipotesi di subingresso così come definita dal codice della navigazione non dovrebbe più trovare spazio nel nostro ordinamento.

Differente è l'ipotesi prevista dell'art. 45 bis del codice della navigazione secondo il quale "il concessionario, in casi eccezionali e per periodi determinati, 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". In questi casi vengono in rilievo contratti riguardanti attività accessorie e strumentali rispetto alla concessione che non necessitano dell'individuazione del contraente da parte del concessionario con procedure a evidenza pubblica: la mera autorizzazione da parte dell'amministrazione concedente è in linea con la normativa europea.

4. *Considerazioni conclusive*

La vicenda delle concessioni demaniali per finalità turistico ricreative è emblematica del percorso evolutivo che la categoria delle concessioni ha subito nel corso dei decenni, caratterizzato da una progressiva contrattualizzazione funzionale all'affermazione del principio della concorrenza. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria si pongono nell'alveo di questo processo, anche se non fugano tutti i dubbi relativi al regime giuridico applicabile alla fattispecie. Si afferma una rilettura "pragmatica" dell'istituto al di là delle tradizionali categorie giuridiche ma non si forniscono elementi per un nuovo inquadramento della fattispecie. Occorre, però, rilevare che un preciso inquadramento nell'ambito delle categorie giuridiche è funzionale all'individuazione della disciplina giuridica applicabile alla fattispecie presa in considerazione.

Salvo affermare l'applicabilità del principio della concorrenza il giudice non va oltre, creando, a dire il vero, una sensazione di incertezza.

È auspicabile, quindi, che il legislatore colmi quanto prima questo

vuoto di disciplina prendendo anche una netta posizione in ordine alla natura giuridica di questi provvedimenti onde individuarne un preciso regime giuridico, soprattutto con riferimento allo svolgimento delle procedure a evidenza pubblica che potrebbero essere modellate su quanto previsto dal codice dei contratti al fine di garantire maggiormente i soggetti partecipanti alle gare.

Sullo sfondo rimane l'inarrestabile "erosione", come conseguenza dell'applicazione del diritto europeo, della categorie delle concessioni amministrative.

