



“ SE UN IMPRENDITORE PERDE UNA **GARA PER UN SERVIZIO PUBBLICO**, UNA MENSA SCOLASTICA O UNA LINEA DI TRASPORTO, PERDE UN SOLO CLIENTE.

SE UN IMPRENDITORE PERDE UNA **GARA PER L’AFFIDAMENTO DI UNA SUPERFICIE O DI UN BENE**, PERDE TUTTA L’AZIENDA, TUTTI I BENI IMMOBILI CHE HA COSTRUITO, TUTTE LE ATTREZZATURE E I BENI DI PRODUZIONE, TUTTI GLI INVESTIMENTI EFFETTUATI, TUTTE LE RISORSE INVESTITE PER FORMARE IL PROPRIO PERSONALE E TUTTI I CLIENTI, TUTTO SIMULTANAMENTE.

PER QUESTO LA DIRETTIVA BOLKENSTEIN E’ STATA SCRITTA PER I SERVIZI.

PER QUESTO, A PARTE TRASPARENZA E PUBBLICITA’, **LE REGOLE PER L’AFFIDAMENTO DI SERVIZI E PER L’AFFIDAMENTO DI BENI NON POSSONO ESSERE LE STESSE.** ”

A.S. 2469

Considerazioni in merito all'emendamento 2.0.1000 Governo in materia di concessioni demaniali marittime

La DIRETTIVA 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, c.d. Bolkestein (di seguito Direttiva), è "*relativa ai servizi nel mercato interno*".

La Direttiva, all'art. 1 - Oggetto - stabilisce che disciplina "*la libera circolazione dei servizi*":

tra i **servizi oggetto della presente direttiva rientrano**: i servizi alle imprese, servizi di certificazione e di collaudo, manutenzione degli uffici, i servizi di pubblicità, servizi connessi alle assunzioni servizi di consulenza legale o fiscale, servizi collegati con il settore immobiliare, l'organizzazione di fiere, il noleggio di auto, le agenzie di viaggi, servizi delle guide turistiche (Considerando 33 della Direttiva).

La Direttiva stabilisce che "*si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico*" (Considerando 17) e "*le attività sportive amatoriali senza scopo di lucro (...) non possono costituire un'attività economica ai sensi del diritto comunitario*" (Considerando 35).

La Direttiva, all'art. 2 - Campo di applicazione - comma 2, stabilisce che "*la presente direttiva non si applica: (...) d) ai servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali*".

La sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 ottobre 2007, n. 174/06, ha statuito che **gli elementi fondamentali delle concessioni demaniali dei porti "inducono ad assimilarle alla locazione di beni immobili"**.

La sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio 2016 ha poi affermato che l'utilizzazione dei **beni portuali non rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2014/23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione**, perché "*non dovrebbero configurarsi come concessioni di servizi*" (punto 48).

La Direttiva, all'art. 12, stabilisce che solo "*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*"

Dalla sentenza della **Corte di Giustizia del 14 luglio 2016** (C.d. caso Promoimpresa) si evince che:

- il divieto di proroga **non si applica nel caso in cui la concessione originaria sia stata rilasciata sulla base di una procedura ad evidenza pubblica (quali erano quelle rilasciate sulla base del DPR n. 509/1997 per la costruzione e gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto)**;
- un diverso trattamento in sede di determinazione dell'**indennizzo** dovuto dal gestore subentrante al concessionario uscente **è dovuto per i titolari di concessioni rilasciate prima dell'abolizione del diritto di insistenza (31 dicembre 2009)**, in quanto il titolare della concessione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria concessione¹

La recentissima **sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, del 15 gennaio 2022**, pur facendo propria la precedente decisione dell'Adunanza plenaria dello stesso CdS, ha **ribadito la distinzione fra concessioni assentite fino al 31 dicembre 2009 e quelle assentite dopo tale data, "da cui l'inapplicabilità della Direttiva Servizi ai rapporti concessori sorti anteriormente al termine di trasposizione della stessa"** (punto 6.7).

¹ Infatti la Corte, per le concessioni prese in esame in giudizio che erano state rilasciate dopo l'adozione della Direttiva, ha stabilito che "*sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE*" (punto 73).

QUINDI la Direttiva:

- a) **deve applicarsi alla sola concessione di servizi pubblici e non alla concessione di beni** (Considerando 1 e seguenti)
- b) **prevede la procedura di selezione solo in caso di scarsità di risorse** (art. 12)
- c) **non si deve applicare a tutti i servizi portuali, inclusi quelli della nautica** (art. 2)
- d) **non si deve applicare alle attività e ai circoli sportivi** (Considerando 17 e 35)

TUTTO CIÒ PREMESSO

l'emendamento del Governo contiene alcune lacune che vanno necessariamente corrette.

Art. 2-bis, comma 1, prima frase.

L'estensione della durata delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2023 viene riferita alle sole concessioni *"in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145"*.

La formulazione potrebbe indurre a ritenere che l'estensione della durata prevista dalla norma non trovi applicazione per le concessioni in prorogatio ex lege per le quali non sia stato formalmente adottato un provvedimento di proroga.

Il testo deve essere riformulato: *"in essere alla data di entrata in vigore della presente legge **ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145**"*.

Art. 2-bis, comma 1, lett. a)

L'inciso *"ivi comprese quelle di cui all'art. 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494"* può essere fonte di equivoci. In tale disposizione si fa riferimento anche a concessioni demaniali marittime con *"finalità per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive industriali"*. E' evidente che si tratta di concessioni relative ad attività che si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva 123/2006 (oltre che di quello delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del CdS).

Al fine di evitare incertezze applicative, l'inciso sopra riportato deve essere eliminato.

Art. 2-bis, comma 2

Ai sensi dell'art. 2 della Direttiva, andrebbe stralciato il richiamo alla lettera a) del comma 1 del medesimo articolo laddove fa riferimento *"le concessioni di beni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto"*;

in subordine, modificando anche lettera a) del comma 1, **deve essere prevista una distinzione tra concessioni balneari e concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto**".

Art. 2-ter, Comma 1

Si fa menzione della *"disciplina in materia di concessioni per la realizzazione e gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto"*, ma non si prevede espressamente che al riguardo **si debba provvedere con apposito (e distinto) decreto legislativo e d appositi e distinti criteri direttivi.**

Questo perché l'Art. 2-ter, comma 2 contiene principi e criteri direttivi (cui si dovrà attenere il legislatore delegato) previsti per le concessioni balneari che **non risultano applicabili alle concessioni del settore della portualità nautica** ovvero, se applicati alla nautica, porterebbero a grave confusione e rischio di contenzioso:

- let. a) prima parte, “determinazione di criteri omogenei per l’individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, assicurando l’adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate”: non esistono aree libere nei porti;
- let. a) seconda parte, necessità di assicurare “la costante presenza di varchi per il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia”: questo principio in molti casi potrebbe creare gravi difficoltà e problemi operativi, anche in relazione alla necessità di garantire la sicurezza delle imbarcazioni oltre che delle persone;
- let. d), “definizione dei presupposti e dei casi per l’eventuale frazionamento in piccoli lotti delle aree demaniali da affidare in concessione, al fine di favorire la massima partecipazione delle microimprese e piccole imprese”: non può trovare applicazione tecnica con riferimento alle concessioni per la realizzazione e gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto;
- let. e) numero 1), “individuazione di requisiti di ammissione che favoriscano la massima partecipazione di imprese, anche di piccole dimensioni, e di enti del terzo settore”: questo criterio appare illogico con riferimento alle concessioni di strutture dedicate alla nautica da diporto, che possono arrivare anche a 80 milioni di euro di valore, non comprendendosi quale sia l’interesse pubblico tutelato;
- let. e) numero 4), ultima parte, “preferenza per le attrezzature completamente amovibili”. questo criterio non può trovare applicazione tecnica con riferimento alle concessioni per la realizzazione e gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto;
- let. e) numero 7) ultima parte, “con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici”: questo criterio, per l’assolutezza con cui è enunciato, è in contrasto non solo con l’art. 10 del DPR n. 509/1997, ma anche con il principio ricavabile dall’art. 168 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, della preservazione (mediante prolungamento della concessione) dell’equilibrio economico finanziario posto alla base del rapporto concessorio nel caso in cui il concessionario, abbia sostenuto su richiesta o con l’autorizzazione dell’Amministrazione investimenti ulteriori rispetto a quelli originariamente previsti. (tale principio è ormai pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza (cfr. da ultimo TAR Abruzzo 25-11-2019, n. 598) e dovrebbe essere riformulato come segue: “con divieto espresso di proroghe automatiche e rinnovi automatici”).

Art. 2-ter, comma 2, lett. i) - indennizzo per perdita dell’avviamento commerciale

Con riferimento a tale disposizione si evidenzia il Codice della Navigazione si basava sul **perfetto equilibrio tra diritto di insistenza (rinnovo pressoché automatico) e assenza di risarcimento per il concessionario uscente**. Venuto meno tale equilibrio con la cancellazione del primo, al secondo **deve essere riconosciuto il pieno valore aziendale**, mentre i criteri per la quantificazione dell’indennizzo individuati dall’emendamento si limitano all’avviamento commerciale.

Ciò equivale a dire che scontato l’avviamento il valore di una azienda e dei beni costruiti dall’imprenditore, del suo posizionamento commerciale e di mercato è pari a zero, **configurando l’incameramento da parte dello Stato come un esproprio**.

E’ necessario che i suddetti criteri siano volti a valorizzare l’attività svolta e gli asset del concessionario, recependo gli elementi reddituali e/o finanziari e/o patrimoniali secondo le metodologie più idonee che sono state elaborate e utilizzate nella prassi professionale di ciascun settore.

Infine, l’emendamento:

- non recepisce la distinzione fra concessioni assentite prima del 1 gennaio 2010 e quelle dal 1 gennaio 2010 in poi,
- non identifica la specificità delle CONCESSIONI INFUNGIBILI, cioè asservite ad altra attività di impresa che richiede quella e non una qualsiasi altra concessione per potersi esercitare.