

FOCUS

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: QUALE NORMATIVA APPLICABILE?

Rosaria Costanzo

Abstract: le concessioni di beni demaniali legittimano il concessionario allo svolgimento di un'attività economica in un'area demaniale, con assunzione del relativo rischio operativo, e non vertono su una prestazione di servizi o di lavori affidata dall'ente aggiudicatore; ne deriva, dunque, la loro inclusione tra i contratti attivi, con conseguente parziale esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e trasparenti e salvi gli auto vincoli eventualmente stabiliti dall'amministrazione nella selezione del concessionario (Consiglio di Stato, sez. VII, 5 gennaio 2024, sent. n. 225).

Abstract: state Concessions ("Concessioni demaniali") entitle the concessionaire to carry out an economic activity in a state-owned area, with the assumption of the related operational risk, and do not relate to a supply of services or works entrusted by the contracting entity. It follows, therefore, that they are included among active contracts ("contratti attivi") with consequent partial exclusion from the scope of the Code of Public Contracts. This is without prejudice to the necessary application of impartial and transparent procedures, and without prejudice to any self-imposed constraints established by the administration in the selection of the dealer (Council of State, sec. VII, 5 January 2024, sent. no. 225).

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La normativa applicabile secondo la giurisprudenza amministrativa. - 3. Conclusioni.

1. Premessa

La questione delle concessioni balneari¹ è tema di grande attualità che impegna governo, operatori del settore e giuristi.

Come noto, l'inizio della storia risale alla direttiva Bolkestein² che condiziona il rilascio da parte delle autorità competenti di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi, limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali (o delle capacità tecniche disponibili), a procedure di selezione che offrano garanzie di trasparenza e di imparzialità tra i candidati potenziali. L'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

1 La concessione dei beni demaniali marittimi per la gestione di stabilimenti balneari è prevista dalla lett. a) dall'art. 1 del Decreto-Legge n. 400/1993, convertito con modificazioni dalla L. 04 dicembre 1993, n. 494.

2 Cfr. direttiva europea 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, art. 12, paragrafi 1 e 2, relativa ai servizi del mercato interno e art. 49 del T.F.U.E. sulla libertà di stabilimento dei cittadini in uno Stato membro.

La direttiva, attuata in Italia con il D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, è stata, tuttavia, disattesa e lo Stato ha prorogato con legge le concessioni demaniali in scadenza allo scopo di evitare procedure di infrazione da parte dell'Unione Europea³.

Con legge n. 145/2018⁴ è stata disposta un'ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033 che ha determinato uno stato di incertezza tra gli operatori interessati e le pubbliche amministrazioni, generando un fiorente contenzioso giudiziario.

Sulla illegittimità della estensione al 2033, ponendo fini ai profondi contrasti emersi nella giurisprudenza amministrativa⁵, si è definitivamente pronunciato il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con la sent. n. 18/2021, affermandone la contrarietà al diritto europeo.

I Giudici di Palazzo Spada, inoltre, al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che sarebbe derivato da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni, nonché di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predisponessero le procedure di gara richieste, in attesa di un riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, hanno ritenuto di mantenere l'efficacia delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023.

Sono state, altresì, respinte tutte le motivazioni addotte dagli interessati a sostegno dell'esclusione dalle gare pubbliche (non scarsità di risorsa⁶, mancanza di interesse transfrontaliero, non-autoesecutività della direttiva europea Bolkestein). Con l'obiettivo di uniformare la normativa interna al diritto europeo, si arriva quindi alla Legge 5 agosto 2022, n. 118 che ha statuito la scadenza delle concessioni balneari al 31 dicembre 2023 e, in presenza di "ragioni oggettive" che impediscano la conclusione delle procedure selettive entro tale data, al 31 dicembre 2024.

In mancanza dei relativi decreti attuativi ivi previsti che il Governo avrebbe dovuto adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge⁷, con il decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, ("decreto milleproroghe" 2023, convertito con Legge 24 febbraio 2023, n. 14) la scadenza delle concessioni è slittata al 31 dicembre 2024 con possibilità di un ulteriore anno di deroga, fino a non oltre il 31 dicembre 2025, per le amministrazioni comunali che dovessero riscontrare difficoltà oggettive. Fino a tale data, le concessioni

3 Sulla necessaria applicazione della direttiva europea negli Stati membri è anche intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, che con la sentenza 14 luglio 2016 -con funzione interpretativa e perciò vincolante- giudicando su due casi di proroghe di concessioni demaniali tra il 2014 e 2015, rimessi dal Giudice amministrativo stante il contrasto con la legislazione nazionale, ha formulato, *inter alia*, il principio secondo cui "l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico - ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo".

4 Cfr. art. 1 commi 682 e 683 della citata legge.

5 A sostegno della illegittimità della proroga al 2033 delle concessioni in scadenza per contrasto con il diritto dell'Unione, si segnalano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1342 del 5 marzo 2018, TAR Campania – Sezione Salerno, sent. n. 265 del 29/01/2021, TAR Sicilia – Sezione Catania con sentenza n. 504 del 15/02/2021. Di segno opposto, Cons. di Stato, sez. V, sentenze dalla n. 7251 alla 7258 del 2019 con le quali è stata dichiarata "l'improcedibilità" degli appelli promossi da un comune per l'intervenuta Legge 145/2018 che ha disposto, *ex lege*, la proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033. Il TAR Puglia, Sez. Lecce sent. n. 603/2021, ha affermato la natura non *self executing* della direttiva servizi con conseguente non immediata applicabilità della stessa in assenza di una normativa nazionale di attuazione.

6 Secondo tale tesi, dal momento che gli articoli 11 e 12 della direttiva prevedono le gare solo in caso di "scarsità della risorsa naturale", essa non troverebbe applicazione per le spiagge italiane attesa la non scarsità di aree costiere e spiagge.

7 Tali decreti sono volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale (art. 4, comma 1).

continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

In conseguenza di ciò, il 16 novembre 2023 la Commissione europea, con l'adozione di parere motivato, ha proseguito la procedura di infrazione contro l'Italia sulle concessioni balneari già avviata il 4 dicembre del 2020 con la lettera di messa in mora. Bruxelles contesta all'Italia il mancato rispetto della direttiva Bolkestein, rimarcando come il "decreto milleproroghe", con il rinvio di un anno delle gare, si configuri come un rinnovo automatico delle concessioni esistenti agli stessi titolari, ponendosi in contrasto col diritto europeo.

L'Italia, si apprende dai giornali⁸, ha risposto chiedendo più tempo con l'obiettivo di definire i criteri sulla "non scarsità del bene" e varare "una norma di riordino che consenta di mettere ordine alla giungla di interventi e pronunciamenti che si sono susseguiti".

Occorrerà attendere le valutazioni della Commissione riguardo alla congruità delle motivazioni fornite per scongiurare il rischio di un ricorso per inadempimento davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁹.

2. La normativa applicabile secondo la giurisprudenza amministrativa

Chiariti i termini della vicenda, v'è da domandarsi quale sia la normativa di riferimento per le procedure di selezione dei candidati richiedenti il titolo concessorio e, in particolare, se per esse trovi applicazione il D. Lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti pubblici).

Secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, le procedure che concernono le concessioni demaniali marittime sono regolate dalla normativa speciale del Codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge pertinenti; pertanto, il Codice dei contratti pubblici non trova applicazione (fatto salvo quanto si dirà oltre).

A tal riguardo, proprio di recente, è intervenuto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 225/2024 del 5 gennaio 2024. Il ricorso era stato proposto in prime cure avverso gli atti con cui la Regione Sardegna, all'esito di procedura a evidenza pubblica, aveva aggiudicato in favore di un Comune una concessione demaniale marittima con finalità turistico ricreativa, finalizzata alla ristrutturazione, gestione e manutenzione del pontile, ai sensi dell'art. 36 Cod. Nav.¹⁰ Il Collegio con la sentenza gravata, da un lato, aveva escluso la qualificazione della procedura come appalto di lavori con conseguente inapplicabilità della disciplina del codice dei contratti pubblici, dall'altro, aveva ritenuto piuttosto che venisse in rilievo un affidamento in concessione del bene demaniale a tenore dell'articolo 36 Cod. Nav.

In linea con le motivazioni espresse dal primo giudice, è stato chiarito in sede d'appello che la procedura in contestazione si configura come concessione di beni demaniali, a nulla

8 Cfr.: "Balneari, la Ue ha ricevuto la lettera dell'Italia con la risposta del governo ai rilievi" di Nicola Barone, pubblicato il 16 gennaio 2024, <https://www.ilsole24ore.com/art/balneari-entro-stasera-risposta-dell-italia-ue-che-cosa-aspettarsi-AFhaluLC>.

9 Cfr. art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, par. 2.

10 L'art. 36 (Concessione di beni demaniali) prevede che "l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo".

A norma del successivo art. 37 (Concorso di più domande di concessione) "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, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico- ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.

Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata".

rilevando la previsione della esecuzione di lavori che sono strettamente correlati alla gestione del bene e alla relativa manutenzione e valorizzazione, attività, queste, che costituiscono un contenuto tipico del rapporto concessorio. Infatti, precisano i Giudici di Palazzo Spada, *“le concessioni di beni demaniali, legittimano il concessionario allo svolgimento di un’attività economica in un’area demaniale, con assunzione del relativo rischio operativo, e non vertono su una prestazione di servizi o di lavori affidata dall’ente aggiudicatore; ne deriva, dunque, la loro inclusione tra i contratti attivi, con conseguente esclusione dall’ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e trasparenti e salvi gli auto-vincoli eventualmente stabiliti dall’amministrazione nella selezione del concessionario”*¹¹.

Nello stesso senso, in considerazione di alcuni importanti principi affermati in argomento, si segnala un pronunciamento del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana¹².

La vicenda riguardava il rilascio di una concessione demaniale marittima ex art. 36 Cod. Nav. per il mantenimento di un impianto di distribuzione carburanti. A conclusione della procedura comparativa svoltasi ai sensi dell’art. 37, comma 3 Cod. Nav. (licitazione privata) le due società interessate impugnavano innanzi al TAR Catania i reciproci provvedimenti di ammissione del progetto lamentando, *inter alia*, la violazione del codice dei contratti pubblici.

In proposito, a seguito di impugnazione della sentenza da entrambe le parti, il Giudice d’appello ha tuttavia precisato che **non sussiste un obbligo di legge di procedere all’affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme tipiche delle procedure ad evidenza pubblica previste per i contratti d’appalto della pubblica amministrazione**. L’assenza di tale obbligo è dovuta al fatto che l’art. 37 Cod. Nav. contempla l’ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell’ipotesi dei contratti pubblici, in cui è l’amministrazione a rivolgersi a quest’ultimo¹³. È indispensabile unicamente che il procedimento informale di cui agli artt. 37 Cod. Nav. e 18 del Regolamento per l’esecuzione del Codice della navigazione (D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328)¹⁴ si svolga con modalità idonee a soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*, rendendo effettivo il confronto fra le istanze in comparazione e, quindi, le *chances* concorrenziali delle nuove imprese contendenti.

11 Di diverso avviso il TAR Friuli-Venezia Giulia (sent. n. 235/ 2017) che ha avuto modo di precisare come la disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici trovi comunque applicazione anche per le procedure di concessione dei beni demaniali marittimi proprio in osservanza dei principi comunitari di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità.

12 Cfr. CGARS, sentenza n.350/2023.

13 Nel medesimo senso cfr. Cons. di Stato, sentenza n. 688/2017; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020, sent. n. 7837. Con sentenza n. 5765/2009 il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso delle concessioni demaniali marittime, gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par conditio* di matrice comunitaria, siano soddisfatti attraverso *“un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del migliore offerente”*, così come *“da un accresciuto onere istruttorio in ambito sia procedimentale che motivazionale (in sede di provvedimento finale)”*. In particolare, l’onere della pubblicità verrebbe assolto dalla pubblica amministrazione mediante la preventiva pubblicazione di una o più istanze concessorie, così come previsto dall’articolo 18 del Regolamento per l’esecuzione del Codice della navigazione, nonché nella eventuale successiva procedura di comparazione, finalizzata alla selezione del concessionario sulla base del criterio guida della più proficua utilizzazione del bene pubblico, delle stesse domande concessorie.

14 L’art. 18 (Pubblicazione della domanda) regola le modalità e la durata della pubblicazione della domanda di concessione, al fine di consentire ai terzi interessati di prenderne cognizione, formulare le osservazioni ritenute opportune entro il termine indicato nel provvedimento che ordina la pubblicazione (e che l’autorità decidente ha l’obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale) ed, eventualmente, presentare domande concorrenti.

Nel caso di specie, pertanto, continua il Collegio, non era necessario predisporre un apposito bando poiché il complessivo *iter* del procedimento e la lettera con cui è stata indetta la procedura prevista dal comma 3 dell'art. 37 Cod. Nav. devono reputarsi idonei a garantire un'adeguata pubblicità ed una soddisfacente situazione concorrenziale.

Ancora sul punto valga richiamare -per il particolare rilievo dei chiarimenti forniti in ordine alla portata dei principi di pubblicità e trasparenza delle procedure volte al rilascio delle concessioni demaniali- l'orientamento del TAR Campania¹⁵.

La parte ricorrente aveva impugnato gli atti relativi a una concessione demaniale, lamentando il mancato esperimento della procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi sanciti anche in ambito comunitario. Fondamentalmente, veniva contestata l'idoneità della procedura esperita dal Comune, in conformità all'art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione e dell'art. 36 Cod. Nav. ai fini del rilascio della concessione demaniale avversata. Era stata ritenuta insufficiente la sola pubblicazione dell'avviso ex art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione sull'albo pretorio comunale e sul sito internet del Comune e dell'Ufficio Demaniale e non anche sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nonché sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea e su più quotidiani a tiratura nazionale, al fine di assicurare la trasparenza e la *par condicio* dei soggetti operanti nel mercato¹⁶.

Chiarisce il TAR che la pubblicità-avviso richiesta dal Regolamento, nella *ratio* della predetta fonte, applicabile in via generale a tutte le concessioni di beni del demanio marittimo, assume la duplice funzione di avviso *ad opponendum* e di sollecitazione di offerte. Solo in caso di pluralità di domande di concessione l'Autorità concedente ha la facoltà di scegliere direttamente, previa comparazione delle richieste, il candidato che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione e, solo se non ricorrano ragioni di preferenza, di procedere a pubblica gara o a licitazione privata.

Il Collegio ribadisce che le autorità competenti sono tenute ad avviare una procedura di selezione, ispirata ai principi di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, diretta ad individuare la proposta di gestione dell'area demaniale marittima maggiormente corrispondente allo specifico interesse pubblico che, per le caratteristiche particolari dell'area concedibile, sia utilmente perseguibile.

Il rilascio di una concessione demaniale marittima per finalità turistico – ricreative avviene all'esito della procedura prevista dagli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione e dell'art. 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione. La giurisprudenza ha riconosciuto il carattere comparativo della procedura¹⁷ che, in quanto tale, impone

¹⁵ Tar Campania, Napoli, Sez. VII, sent. n. 3082 del 10 maggio 2021.

¹⁶ Secondo il Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione, chiunque intenda occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime deve presentare domanda (art. 5 D.P.R. 328/1952). Lo stesso regolamento (art. 18) stabilisce poi che “*quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia*”. Si precisa, che con la legge n. 340/2000 i F.A.L. sono stati aboliti. La stessa legge ha però stabilito la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale in sostituzione della pubblicazione nel F.A.L. laddove quest'ultima fosse prevista da specifiche disposizioni normative quale unica forma di pubblicità).

¹⁷ Si cfr. a riguardo Cons. Stato, sez. V, 17.01.2020 sent. n. 431 e giurisprudenza ivi citata: Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, sent. n. 7874; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2018, sent. n. 2622; sez. VI, 12 febbraio 2018, sent. n. 873; sez. VI, 31 gennaio 2017, sent. n. 394; Adunanza plenaria 25 febbraio 2013, sent. n. 5; sez. V, 23 novembre 2016, sent. n. 4911; sez. VI, 7 marzo 2016, sent. n. 889; sez. VI, 21 maggio 2009, sent. n. 3145; sez. VI, 23 luglio 2008, sent. n. 3642.

l'adozione di specifiche misure volte a garantire un effettivo confronto concorrenziale mediante forme idonee di pubblicità.

I Giudici amministrativi hanno ritenuto che tali esigenze di pubblicità e trasparenza, nel caso di specie, fossero rimaste soddisfatte concludendo, conseguentemente, di non ravvisare vizi nella procedura esperita dall'amministrazione concedente ai fini del rilascio della concessione. Infatti, le diverse forme della pubblicazione invocate dalla società ricorrente sono previste nel Codice dei contratti pubblici che, in linea con un orientamento giurisprudenziale consolidato, non trovano completa applicazione per le procedure afferenti alle **concessioni demaniali marittime** «*le quali rientrano nei contratti attivi, avendo come causa giuridica l'uso particolare di un'area demaniale dietro pagamento di un canone di concessione, e che restano regolate dalla disciplina speciale data dal codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge relative al regime delle stesse concessioni*»¹⁸.

3. Conclusioni

Le conclusioni alle quali è approdata la giurisprudenza richiamata trovano sostegno normativo proprio nel Codice dei contratti pubblici. Già il Codice De Lise (D. Lgs. 50/2016) prevedeva che per i contratti attivi (vale a dire, quelli che comportano per il soggetto aggiudicatore l'incameramento di risorse, incluse dunque le concessioni marittime demaniali) esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice, l'affidamento avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (art. 4).

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici (D. Lgs. n. 36/2023) stabilisce che le disposizioni del codice non si applicano, *inter alia*, ai **contratti attivi** anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto (cfr. comma 2 dell'art. 13). Il successivo comma 5 dispone che i contratti di cui al comma 2 (tra i quali quelli attivi) che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene **tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3**, ovverossia del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato.

Ne consegue che le concessioni di beni pubblici, ivi incluse, per quanto d'interesse, quelle afferenti ai beni del demanio marittimo, essendo riconducibili (come chiarito dalla giurisprudenza sopra citata) all'ambito dei contratti attivi, devono essere affidate nel rispetto dei summenzionati principi unionali mediante procedure comparative.

Il quadro normativo ricostruito porta a concludere nel senso che la complessiva struttura della procedura prevista dalla normativa speciale del Codice della navigazione, sebbene meno rigida rispetto alle procedure disciplinate nel codice dei contratti, ove applicata alla luce del contributo esegetico fornito dalla giurisprudenza, possa superare il vaglio dei principi euro unitari a presidio dei quali si pone la Direttiva Bolkestein.

L'adozione di idonei strumenti di pubblicità delle istanze ex art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione costituisce un atto prodromico a successive, ma solamente eventuali, determinazioni delle autorità concedenti, che potrebbero generarsi dalle istanze presentate dai soggetti interessati. Trascorso il termine fissato nell'avviso pubblicato - con modalità che garantiscano il diritto di concorrenza- per la proposizione di eventuali opposizioni e la presentazione di domande concorrenti, le amministrazioni possono decidere di dare ulteriore corso al procedimento amministrativo, disponendo, nel caso, una procedura selettiva tra i soli soggetti che presentino istanza concorrente.

Da tutto quanto sopra, non deriverebbe necessariamente un impedimento al rilascio della concessione a favore della società richiedente atteso che, da un lato, potrebbero mancare domande concorrenti da parte di terzi (e, quindi, mancare del tutto una procedura selettiva)

¹⁸ Cfr. Tar Toscana, sentenza n. 822/2015.

e, dall'altro, l'eventuale procedura selettiva potrebbe ipoteticamente concludersi con l'assegnazione della stessa in capo all'attuale titolare. Peraltro, come rilevato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 225/2024, dalla inclusione delle concessioni demaniali nell'ambito dei contratti attivi deriva una *“maggiore libertà economica del concessionario di determinare nella propria offerta le condizioni di gestione imprenditoriale e di uso del bene pubblico”*. Inoltre, le previsioni dell'art. 37 Cod. Nav., che espressamente stabilisce, nel caso di più domande concorrenti, la preferenza per il richiedente che *“offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”*, consentirebbero la possibilità di inserire elementi migliorativi dell'offerta¹⁹.

In tale contesto, l'introduzione di misure idonee a garantire elevati standard di sostenibilità ambientale aiuterebbe a orientare le amministrazioni nella scelta del migliore contraente. Nondimeno, allo stato, si è creata una situazione di *impasse* riguardo ai titoli concessori in scadenza con le pubbliche amministrazioni a causa del *“blocco”* delle gare statuito dalla Legge n. 118/2022. Infatti, fino all'adozione dei decreti delegati è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni (art. 4, comma 4 bis).

In altre parole, a oggi, un'eventuale richiesta di avvio della procedura di selezione su iniziativa del privato ai sensi dell'art. 18 del Regolamento per l'esecuzione del Codice per la navigazione pare risultare destinata al rigetto in sede amministrativa e giurisdizionale in quanto, alla luce del combinato disposto delle predette norme deve ritenersi che, in mancanza dei decreti legislativi in parola, i Comuni non possano avviare la procedura concorrenziale richiesta dagli interessati²⁰. A sommosso avviso della scrivente, anche a volere percorrere la tesi dell'inapplicabilità della direttiva servizi alle concessioni demaniali marittime (per la non scarsità delle coste italiane) rimane il fatto che le stesse, essendo comunque riconducibili alla categoria dei contratti attivi, non possono in ogni caso sottrarsi ai principi enucleati negli artt. 1-3 del Codice dei contratti pubblici tra cui, in particolare, quello posto a garanzia dell'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità²¹.

Si intende dire che il vero tema del dibattito dovrebbe ormai spostarsi su un piano differente, incentrato non più sulla necessità o meno di dover ricorrere a procedure di gara bensì sulla definizione delle regole per poterle esperire (volte a stabilire, ad esempio, i requisiti di partecipazione, i criteri qualitativi, sociali e ambientali ai fini della valutazione delle offerte, la durata dei titoli, i criteri per il calcolo di eventuali indennizzi in caso di mancata riassegnazione della concessione).

¹⁹ Cfr. Consiglio di Stato sent. n. 225/2024, cit.

²⁰ In tal senso ha concluso il TAR per la Puglia, Lecce, Sez. I con sentenza 21 aprile 2023 n. 523.

²¹ A riguardo, si evidenzia che l'applicazione del principio del libero accesso al mercato ai contratti attivi era già previsto nel regolamento di contabilità di stato secondo cui, ai sensi, dell' art. 3 comma 1 R.D. 2440/1923 *“i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata”*. In corrispondenza, stabilisce l'art. 37 R.D. 23 maggio 1924 n. 827 – Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato *“Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti ... omississ...”*.