

AS2003 - COMUNE DI CAMAIORE (LU)- PROROGA CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITA' TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 30 maggio 2024

Comune di Camaioire

Con riferimento alla richiesta di parere formulata dal Comune di Camaioire in merito alle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 28 maggio 2024, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Innanzitutto, con riguardo al modello procedimentale da seguire per il rilascio delle concessioni, l'Autorità ritiene auspicabile che vengano previste forme procedimentali di avvio d'ufficio piuttosto che su istanza di parte¹.

Al riguardo, del resto, va evidenziato come nei propri più recenti pronunciamenti il Consiglio di Stato abbia più volte affermato come il regime dell'evidenza pubblica, discendente dall'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi"), sia volto a perseguire l'obiettivo di aprire il mercato delle concessioni demaniali marittime alla concorrenza e assicurare la *par condicio* tra i soggetti potenzialmente interessati².

Diversamente, laddove il Comune opti per una procedura selettiva a seguito di istanza di parte, l'Autorità ritiene doveroso rappresentare che la procedura deve concretamente soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale, attraverso un efficace meccanismo pubblicitario e mediante il ricorso a specifici oneri istruttori e motivazionali³. La procedura selettiva, infatti, incidendo su risorse di carattere scarso⁴ in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già affievolite dalla lunga durata delle concessioni in essere e dal continuo ricorso a proroghe, deve essere tale da garantire un reale ed effettivo confronto competitivo – e quindi le *chances* concorrenziali delle imprese contendenti – e non soddisfare solo apparentemente i predetti criteri di trasparenza, imparzialità, pubblicità e *par condicio*⁵.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, è necessario che la procedura su istanza di parte per la selezione dei concessionari sia concretamente rispettosa dei criteri indicati dalla giurisprudenza sopra richiamata e della normativa e

¹ Cfr. AS1930 – Comune di Jesolo (VE) – Procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime, in Bollettino n. 49/2023. In senso analogo, si veda anche ANAC, atto di segnalazione in materia di concessioni di beni demaniali, delibera 6 settembre 2022, n. 396.

² Cfr. Consiglio di Stato, A.P. n. 17/2022. Anche le pronunce del Consiglio di Stato, 20 maggio 2024, n. 4479, n. 4480 e n. 4481 fanno esplicito riferimento alle "procedure competitive ad evidenza pubblica".

³ Cfr. Consiglio di Stato, 9 dicembre 2020, n. 7837; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 22 maggio 2023, n. 350; Consiglio di Stato, 16 febbraio 2017, n. 688.

⁴ Al riguardo, si ricorda che, con sentenza del 30 aprile 2024, n. 3940, il Consiglio di Stato ha ribadito che le concessioni interessano una risorsa "sicuramente scarsa", come chiarito nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 17/2021. Ancor più di recente sul tema della scarsità si è pronunciato il Consiglio di Stato nelle citate sentenze n. 4479/2024, n. 4480/2024 e n. 4481/2024, in cui ribadisce che "la valutazione sulla scarsità delle risorse in alcun modo può ritenersi pregiudiziale o comunque non può mettere in discussione l'effetto diretto connesso all'art. 12, paragrafi 1 e 2, della Dir. 2006/123/CE". Inoltre, il Consiglio di Stato riafferma "allo stato, la sicura scarsità della risorsa (v., da ultimo, Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940 nonché Cons. St., sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 nonché Cons. St., sez. VII, 6 settembre 2023, n. 8184, ord., secondo cui «la risorsa materiale è scarsa»), dovendo concordarsi con quelle tesi secondo cui, ove all'operazione di mappatura fosse associata la finalità di eludere l'assoggettamento alle procedure competitive ad evidenza pubblica, si risumerebbe un diritto di insistenza per gli attuali concessionari, non più esistente, come si dirà, nemmeno nell'ordinamento interno".

⁵ Nella segnalazione AS1894 – Comune di Castiglione della Pescaia (GR) – Assegnazione delle concessioni demaniali marittime, in Bollettino n. 26/2023, resa al Comune di Castiglione della Pescaia, l'Autorità ha segnalato il contrasto con la normativa e i principi posti a tutela della concorrenza della procedura indetta dal Comune in questione per l'assegnazione di due concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative. Nello specifico, anziché avviare una reale competizione per il mercato, il Comune aveva condotto una procedura solo apparentemente rispondente ai criteri di trasparenza, imparzialità, pubblicità e *par condicio* richiesti dall'articolo 12 della c.d. Direttiva servizi, di fatto precludendo l'accesso da parte di nuovi operatori alla procedura, che ha visto la partecipazione di soli due soggetti (incluso l'attuale concessionario). L'Autorità ha, inoltre, colto l'occasione per contestare la posizione assunta dal Comune in merito all'asserita legittimità della durata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali marittime insistenti nel territorio dell'ente locale, ribadendo in questo modo considerazioni già svolte in numerose precedenti pronunce.

della giurisprudenza eurolunitaria in materia, circostanza che non può essere riscontrata nel caso in cui: i. non sia fornita adeguata pubblicità all'avviso, e dunque all'avvio della procedura e al suo svolgimento e completamento (così nel caso in cui l'avviso abbia solo una pubblicità locale); ii. l'Amministrazione ostacoli l'effettivo confronto concorrenziale mediante comportamenti ostruzionistici o dilatori nei confronti dei concorrenti potenziali; oppure iii. nel caso in cui il Comune solleciti, mediante specifico invito formulato agli attuali concessionari, la domanda di rinnovo delle concessioni. In tale ultimo caso, infatti, pur definendo la procedura come "rinnovo" delle concessioni e prevedendo la pubblicazione sull'albo pretorio, il Comune in realtà avvia una procedura tesa a favorire i concessionari uscenti a cui viene trasmesso l'invito a presentare domanda.

In ogni caso, si ritiene necessario che il Comune declini sin dall'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata, tutti i criteri che lo stesso intende valutare nell'assegnazione delle concessioni demaniali marittime con il relativo punteggio massimo attribuibile, in linea con le indicazioni fornite dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, così come riportate nell'art. 4 della legge n. 118/2022⁶.

Per quanto attiene ai requisiti relativi alla valutazione dell'esperienza professionale, l'Autorità ritiene opportuno ricordare le restrizioni di natura concorrenziale che possono derivare dal requisito inerente alla capacità tecnica e professionale, laddove tale criterio non preveda la possibilità che l'esperienza e la professionalità in questione siano state maturate dall'operatore anche nello svolgimento di attività extra-concessione. Il requisito relativo all'attività pregressa nell'ambito della gestione di attività oggetto di concessione o analoghe attività di gestione di beni pubblici, infatti, può essere considerato ingiustificatamente restrittivo e privo dei connotati di necessità e proporzionalità, in quanto preclusivo della possibilità di partecipazione alla procedura di nuovi entranti e idoneo a integrare una preferenza in favore di operatori già attivi nel mercato⁷. Analoghe preclusioni per i nuovi entranti possono derivare dall'attribuzione di un punteggio eccessivo alla pregressa esperienza professionale.

Con specifico riguardo agli investimenti e all'eventuale riconoscimento di un indennizzo al concessionario uscente, ferma restando la legittimità della scelta dell'amministrazione concedente di richiedere la realizzazione di investimenti anche ingenti (ad esempio finalizzati alla qualificazione di una determinata area o per l'esecuzione di opere a ridotto impatto ambientale), l'Autorità ritiene di dover ribadire, in linea con i propri precedenti⁸, che, al fine di non vanificare il ricorso a procedure concorrenziali di assegnazione, la durata della concessione dovrebbe essere commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il tempo ragionevolmente necessario per il recupero degli investimenti autorizzati e un'equa remunerazione del capitale investito.

Il valore di eventuali investimenti effettuati dal gestore uscente e non ancora ammortizzati al termine della concessione, per i quali non è possibile la vendita su un mercato secondario, può essere posto a base d'asta nella successiva procedura selettiva. In tal modo, l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dal concessionario uscente risulterebbe compatibile con procedure di affidamento coerenti sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi ad effettuare gli investimenti⁹.

In merito, l'Autorità ritiene necessario segnalare l'opportunità che il professionista, chiamato a quantificare tale valore, sia un professionista incaricato da un soggetto terzo rispetto agli interessati concessionari¹⁰ (quale il Comune concedente) e che la quantificazione sia svolta con perizia, nonché sulla base di parametri di valutazione attuali¹¹, certi e trasparenti, a tutela di tutte le parti, nonché pubblicata dall'ente concedente in tempo utile affinché i potenziali partecipanti ne possano tener conto nell'ambito della procedura competitiva. In questo modo, infatti, la procedura comparativa per il rilascio delle concessioni risulterebbe più trasparente, equa e oggettiva.

⁶ Da ultimo, richiamati dal Consiglio di Stato nelle citate sentenze n. 4479/2024, n. 4480/2024 e n. 4481/2024.

⁷ Cfr. *AS1836 – Comune di Rosignano marittimo (LI) – Assegnazione concessione demaniale marittima*, in Bollettino n. 20/2022.

⁸ AS1930, cit.

⁹ Al riguardo, si ricorda che anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle del 2021 ha affermato il principio per cui "[l]'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi".

¹⁰ Similmente, l'Autorità si è già espressa con riferimento al diverso contesto delle gare per le grandi derivazioni idroelettriche (AS1137 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2014 del 2 luglio 2014).

¹¹ Similmente, l'Autorità si è già espressa con riferimento al diverso contesto delle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera g), del d.l. 201/2011" (cfr. p.8 del parere AS1821 del 15 marzo 2022 relativo alla Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 174/2021).

Infine, si rappresenta che la valorizzazione di un'offerta economica in sede di gara, mediante una possibile maggiorazione del canone di concessione base annuo, potrebbe introdurre nella valutazione delle domande presentate un'importante variabile competitiva, purché il canone rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento¹². In tale caso, tuttavia, l'amministrazione comunale, in qualità di soggetto concessionario, dovrebbe individuare delle modalità che, secondo i principi di trasparenza, equità, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità assicurino il contenimento dei costi per gli utenti finali.

L'Autorità invita il Comune di Camaiore a comunicare, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative assunte con riguardo alle criticità concorrenziali evidenziate.

¹² Vale la pena ricordare che l'Autorità ha avuto occasione di segnalare come la ridotta misura dei canoni determinati secondo i criteri previsti dal d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, sia causa anche di un evidente danno per le finanze pubbliche. Al riguardo cfr. *AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza Anno 2021*, pubbl. in Bollettino 13/2021. In tale segnalazione l'Autorità auspicava una modifica legislativa che consentisse alle amministrazioni concedenti di sfruttare appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, l'Autorità riteneva opportuno che anche la misura dei canoni concessori formasse oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa possa riflettere il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dalla ricezione del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli