AS481 - NORME IN MATERIA DI DEMANIO MARITTIMO CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVA

Roma, 20 ottobre 2008

Senato della Repubblica
Presidente Senatore Renato Schifani

Camera dei Deputati
Presidente Onorevole Gianfranco Fini

Presidenza del Consiglio dei Ministri
Presidente Onorevole Silvio Berlusconi

Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato,
le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano
Presidente Onorevole Raffaele Fitto

Presidente Regione Friuli Venezia Giulia

Con la presente segnalazione, effettuata ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato intende richiamare l'attenzione sulle distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato derivanti dalle disposizioni di cui all'articolo 37 del codice della navigazione, al decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400 recante *"Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime"*, convertito con modificazioni dall'articolo 1, comma 1, della legge 4 dicembre 1993, n. 494, come sostituito dall'art 10 della legge 16 marzo 2001 n. 88, nonché alla legge regionale 13 novembre 2006, n. 22, recante "*Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa e modifica alla legge regionale 16/2002 in materia di difesa del suolo e di demanio idrico*" ed al decreto del Presidente della Regione del 9 ottobre 2007, n. 320, con cui è stato previsto il piano di utilizzo del demanio marittimo (di seguito, anche, PUD) della regione Friuli Venezia Giulia.

In ambito nazionale, la concessione di beni rientranti nel demanio marittimo è disciplinata dagli articolo 36 e 37 del codice della navigazione (di seguito, anche c.n.), recanti, rispettivamente, *"Concessione di beni demaniali"* e *"Concorso di più domande in concessione".*

In particolare, l'articolo 37, secondo comma, prevede, nel caso di più domande, il cosiddetto *diritto di insistenza*, in base al quale viene riconosciuta preferenza al soggetto che sia già titolare della concessione disputata.

In tema di concessioni demaniali marittime, un'ulteriore disposizione nazionale di rilievo è contenuta nel secondo comma dell'articolo 1 d.l. n. 400/1993, recante *"Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime"*, il quale prevede il rinnovo automatico delle concessioni demaniali sessennali a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca della concessione *ex* articolo 42 c.n.

Tali previsioni normative appaiono suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza, tenuto conto che né il codice della navigazione né il relativo regolamento di attuazione prevedono come principio generale, per l'assegnazione di concessioni marittime[1], quello dell'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate né, infine, quello della ragionevole durata delle concessioni demaniali.

Per quanto attiene a tali previsioni normative e, in particolare, al c.d. *diritto di insistenza* di cui all'articolo 37, comma 2, c.n., l'Autorità, infatti, ritiene che procedure di rinnovo o di rilascio della concessione basate sul criterio della preferenza accordata al precedente titolare della medesima dovrebbero essere sostituite dalla valutazione dell'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici; dall'idonea pubblicizzazione di tale procedura, in modo da riconoscere alle imprese interessate le stesse opportunità concorrenziali, in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza; dall'eliminazione di tutti quegli elementi che possano comunque avvantaggiare *a priori* il precedente concessionario indipendentemente dal contesto concorsuale.

A tal riguardo, si evidenzia che, secondo un'autorevole giurisprudenza del Consiglio di Stato, il c.d. *diritto di insistenza* può assumere caratteristiche di compatibilità con i principi comunitari di parità di trattamento, eguaglianza, non discriminazione, adeguata pubblicità e trasparenza solo nell'ipotesi in cui rivesta carattere residuale e sussidiario.

Tali principi trovano applicazione in forza della sostanziale equiparazione che il Consiglio di Stato opera tra le concessioni di servizi e quelle di beni, poiché "*con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*[2]".

Con riferimento, poi, all'articolo 1, comma 2, del citato d.l. 400/1993, si evidenzia che la previsione del rinnovo automatico di una concessione demaniale sessennale non solo non stimola gli operatori economici a corrispondere un canone più alto all'amministrazione concedente e ad offrire migliori condizioni di servizio agli utenti, ma favorisce anche la costituzione o il mantenimento di comportamenti collusivi fra i soggetti titolari delle rispettive concessioni.

---

[1] *[Il solo art. 18 del regolamento di attuazione del c.n. prevede forme di pubblicità per il solo caso di concessioni di "particolare importanza per l'entità e lo scopo".]*

[2] *[Cfr. C.d.S., Sez. VI, sentenza del 5 novembre 2004, n. 1968, nonché, da ultimo, C.d.S. Sez, V, 31 maggio 2007, n. 2825.]*

In relazione all'elemento della durata della concessione, l'Autorità ha peraltro già avuto modo di affermare che "[…] andrebbe di regola giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie. Non è tuttavia indispensabile che tale durata sia parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, in quanto il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario può essere posto a base d'asta[3]".

Per quanto concerne la Regione Friuli Venezia Giulia, l'Autorità valuta positivamente, dal punto di vista concorrenziale, l'impianto generale della legge regionale 13 novembre 2006, n. 22 recante "*Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa e modifica alla legge regionale 16/2002 in materia di difesa del suolo e di demanio idrico*"[4] e del decreto del Presidente della Regione del 9 ottobre 2007, n. 32, con il quale viene approvato il Piano di utilizzo del demanio marittimo - PUD, basato sul principio che "*l'autorità concedente procede, di regola, all'affidamento in concessione mediante selezione, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza*"[5].

Tuttavia, l'articolo 9, commi 4 e 5 della citata legge regionale, ai fini della "*determinazione della più proficua utilizzazione della concessione*", prevede espressamente, fra i criteri applicabili, anche il c.d. *diritto di insistenza* di cui all'articolo 37, comma 2, c.n., precisando che tale criterio venga considerato in misura non inferiore al 30% per le concessioni destinate ad enti o associazioni senza finalità di lucro (ivi compresi quelli svolgenti attività ricreative di carattere socio assistenziale) ed in misura non inferiore al 10% per le concessioni con finalità turistico ricreativa.

Con riferimento al richiamato decreto del Presidente della Regione, si rileva che, nonostante il generale impianto del PUD preveda anch'esso in termini di principio procedure concorsuali per il rilascio e il rinnovo delle concessioni demaniali, nonché adeguate forme di pubblicità, l'articolo 1 delle relative Istruzioni operative ribadisce quanto già indicato dall'articolo 9, commi 4 e 5 della legge regionale n.22/2006, stabilendo che il *diritto di insistenza* di cui all'articolo 37, comma 2, del codice della navigazione debba essere sempre utilizzato nella valutazione delle richieste di concessione.

La disposizione in commento ribadisce, inoltre, che tale criterio venga considerato in misura non inferiore al 30% per le concessioni destinate ad enti o associazioni senza finalità di lucro (ivi compresi quelli svolgenti attività ricreative di carattere socio assistenziale) ed in misura non inferiore al 10% per le concessioni con finalità turistico ricreativa.

L'applicazione della suddetta percentuale di "preferenza" attribuisce un valore in termini di percentuale al c.d. *diritto di insistenza*, che di fatto viene comunque reinserito nella fase di valutazione delle offerte nel procedimento di scelta del contraente e ponderato insieme agli altri criteri (offerta economica, piano di investimenti, etc..). Più opportunamente, come indicato *supra,* dovrebbe invece essere preso in considerazione in un momento successivo, nel caso in cui si verificasse una situazione di completa equivalenza tra distinte offerte.

Il litorale marittimo dovrebbe, infine, essere qualificato in base alla rilevanza economica dei servizi che vengono resi al pubblico attraverso lo sfruttamento economico del bene dato in concessione, di modo che diverrebbe ininfluente la natura giuridica (associazione, ente pubblico, società, etc..) del soggetto che presta il servizio o il fatto che persegua o meno il fine di lucro, essendo rilevante, piuttosto, l'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi.

Giova al riguardo menzionare quanto affermato dalla Corte di Giustizia in tema di nozione di impresa e perseguimento dello scopo di lucro. Si legge, al riguardo, che "*l'assenza di fini di lucro non esclude che*" alcune "*associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza*[6]".

L'Autorità, pertanto, auspica che le considerazioni sopra svolte conducano ad una revisione delle disposizioni contenute nelle previsioni normative esaminate.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

---

[3] *[Cfr. la segnalazione AS/152 del 20 ottobre 1998, ma anche la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 14.4.2000, punto 3.1.3.]*

[4] *[Pubblicata nel B.U. Friuli-Venezia Giulia 15 novembre 2006, n. 46.]*

[5] *[Cfr., in proposito, l'art. 9, comma 1, legge reg. cit.]*

[6] *[Cfr., in proposito, Corte giustizia CE sez. III, 29 novembre 2007, n. 119, relativa all'aggiudicazione dei servizi di trasporto sanitario nella regione Toscana.]*