

## **Il codice degli appalti è applicabile anche al procedimento per il rilascio di concessioni di beni del demanio marittimo in base ad un potere discrezionale dell'amministrazione procedente, purché non sia travalicato il generale canone di proporzionalità**

*di Elvira Raviele*

*Data di pubblicazione: 3-8-2017*

1. L'Amministrazione concedente -di una concessione relativa al demanio marittimo- ha certamente la facoltà di strutturare il relativo procedimento, nel rispetto dei principi di par condicio, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, attraverso l'imposizione di regole che garantiscano che l'aspirante concessionario abbia ogni necessario requisito per svolgere l'attività oggetto della concessione, che consentano la preventiva individuazione del soggetto che effettuerà i lavori (ove diverso dal concessionario), con attestazione sul possesso dei requisiti idoneativi tecnico-professionali per il completamento delle stesse, che al termine della concessione, trattandosi di realizzare un porto turistico, resteranno in proprietà del demanio.

2. La documentazione con cui l'Ente gestore provvede all'accertamento dei requisiti stabiliti, assume la natura di *lex specialis* della procedura di rilascio della concessione demaniale marittima ed è vincolante sia nei confronti della PA, sia nei confronti dell'aspirante concessionario e, all'atto della stipula della concessione, del concessionario.

### **Guida alla lettura**

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità del provvedimento di archiviazione d'ufficio dell'istanza presentata nell'ambito del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo, adottato per il superamento dei termini previsti per provvedere all'integrazione documentale richiesta dall'Amministrazione procedente.

In particolar modo, i giudici di Palazzo Spada giungono a tale conclusione partendo dalla considerazione che la PA, nell'esercizio del proprio potere discrezionale di autovincolarsi, può stabilire le regole poste a presidio dell'espletamento di una procedura di affidamento di un appalto classico ovvero di quella volta al rilascio delle concessioni demaniali. Tali prescrizioni, una volta adottate, non potranno né essere disapplicate né essere oggetto di violazione da parte della stessa P.A., pena l'illegittimità della determinazione adottata.

Ove la concessione, dunque, preveda la realizzazione di opere, la stessa Amministrazione concedente deve avere la possibilità di verificare la sussistenza di tutti i requisiti in capo al richiedente, sia per ottenere il provvedimento favorevole che per realizzare le opere (in proprio o tramite soggetti terzi), sempre che non sia provata la violazione del criterio di proporzionalità da parte dell'Amministrazione procedente nell'imporre alle concorrenti la produzione di detta documentazione.

In particolare, a tal riguardo, i giudici di Palazzo Spada sottolineano che la PA ha *“la facoltà di strutturare il relativo procedimento, nel rispetto dei principi di par condicio, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, attraverso l'imposizione di regole che garantiscano che l'aspirante concessionario abbia ogni necessario requisito per svolgere l'attività oggetto della concessione, che consentano la preventiva individuazione del soggetto che effettuerà i lavori (ove diverso dal concessionario), con attestazione sul possesso dei requisiti idoneativi tecnico-professionali per il completamento delle stesse, che al termine della concessione, trattandosi di realizzare un porto turistico, resteranno in proprietà del demanio”*.

Ciò vale altresì in caso di concessioni preordinate all'esecuzione di opere di importo superiore alla soglia comunitaria, posto che, alla luce del principio di prevalenza del diritto comunitario su quello interno, il procedimento settoriale delineato dal d.P.R. n. 509 del 1997 va coordinato con la normativa comunitaria in tema di lavori pubblici.

Di conseguenza *“la documentazione con cui l'Ente gestore provvede all'accertamento dei requisiti stabiliti, assume la natura di lex specialis della procedura di rilascio della concessione demaniale marittima ed è vincolante sia nei confronti della PA, sia nei confronti dell'aspirante concessionario e, all'atto della stipula della concessione, del concessionario”*.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9079 del 2016, proposto da:

Ig. Cost. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato R. B., con domicilio eletto presso lo studio M. G. in Roma, via Laura Mantegazza, 24;

***contro***

Regione Puglia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato P. B., con domicilio eletto presso lo studio A. P. in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

***nei confronti di***

Por. G. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato F. P., con domicilio eletto presso lo studio Srl P. in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE I n. 01168/2016, resa tra le parti, concernente l'archiviazione dell'istanza di concessione demaniale marittima.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Puglia e di P. G. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2017 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati R. B., P. B. e F. P.

**FATTO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, Sez. I, con la sentenza 21 luglio 2016, n. 1168, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento del provvedimento AOO\_108/PROT 0005411 del 21/04/2016 con il quale il servizio demanio del Dipartimento risorse finanziarie della Regione Puglia ha disposto l'archiviazione d'ufficio dell'istanza presentata dalla ricorrente nell'ambito del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo - località Porto Gaio - per il superamento dei termini previsti per provvedere all'integrazione documentale richiesta; ove occorra, dell'atto dirigenziale (determinazione) del medesimo servizio demanio marittimo della Regione Puglia n. 440 del 25/11/2015; e di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o consequenziale ivi compresa la nota Regione Puglia AOO\_108/PROT 0016190 del 22/12/2015.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- il procedimento settoriale delineato dal d.P.R. n. 509-1997 non appare coordinato con la normativa comunitaria in tema di lavori pubblici, tra i quali rientra anche la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, tutte le volte in cui, come nella specie, la concessione sia anche preordinata all'esecuzione di opere di importo superiore alla soglia comunitaria;
- l'art. 153 d.lgs. n. 163-2006 prevede una disciplina ad hoc (finanza di progetto) per le strutture dedicate alla nautica da diporto richiedendo, tra l'altro, l'effettuazione della verifica dei requisiti richiesti al concessionario di opere pubbliche;
- il carattere eventuale della acquisizione allo Stato delle opere inamovibili, ex art 49 Cod. Nav., non appare idoneo a sottrarre il concessionario alla possibilità di controllo della P.A. concedente;
- indipendentemente dall'applicabilità diretta della disciplina in questione nella procedura de qua, rientra comunque certamente nel potere discrezionale dell'Amministrazione procedente di stabilirne l'applicazione, purché non sia travalicato il generale canone di proporzionalità.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità e riproponendo, in sostanza, i motivi del ricorso di primo grado.

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano la Regione e il controinteressato appellati chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 13 luglio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Le preliminari eccezioni di inammissibilità dedotte dalla controinteressata appellata possono essere assorbite, per ragioni di economia processuale, stante l'infondatezza nel merito dell'appello.

2. Con il primo motivo di appello si ripropone la questione dell'applicabilità delle norme del codice degli appalti anche al procedimento per il rilascio di concessioni di beni del demanio marittimo, preordinata alla realizzazione di opere di valore superiore alla soglia comunitaria.

Al riguardo è stato correttamente rilevato dal TAR che il Comune appellato ha comunque ritenuto, nell'ambito della propria discrezionalità e in sede di sostanziale autovincolo, di applicare comunque la richiamata disciplina codicistica, rientrando comunque certamente nel potere discrezionale dell'amministrazione procedente di stabilirne l'applicazione, purché non sia travalicato il generale canone di proporzionalità.

Infatti, quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale di autovincolarsi, stabilisce le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza

che le è impedita la loro disapplicazione e che la violazione di quelle determina l'illegittimità delle relative determinazioni.

Alla luce di tali ineccepibili rilievi, sono del tutto inconferenti le distinzioni, su cui si sofferma parte appellante, tra il procedimento per il rilascio delle concessioni demaniali e le procedure di appalto in generale.

3. Nel ricorso introduttivo, peraltro, l'attuale appellante I. non ha proposto motivi relativi ad un'eventuale violazione del criterio di proporzionalità da parte dell'Amministrazione procedente nell'imporre alle concorrenti la produzione di documentazione attestante il possesso di determinati requisiti di qualificazione in proprio o tramite ausiliarie.

Pertanto, la relativa censura proposta solo con l'atto di appello, è inammissibile per violazione dell'art. 104 c.p.a.

Peraltro, tale motivo è anche infondato, poiché il procedimento volto al rilascio di una concessione demaniale è unico e, quindi, ove la concessione preveda la realizzazione di opere, la stessa Amministrazione concedente deve avere la possibilità di verificare la sussistenza di tutti i requisiti in capo al richiedente, sia per ottenere la concessione, sia per realizzare le opere, in proprio o tramite soggetti terzi.

Pertanto, in tale prospettiva, l'Amministrazione concedente ha certamente la facoltà di strutturare il relativo procedimento, nel rispetto dei principi di par condicio, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, attraverso l'imposizione di regole che garantiscano che l'aspirante concessionario abbia ogni necessario requisito per svolgere l'attività oggetto della concessione, che consentano la preventiva individuazione del soggetto che effettuerà i lavori (ove diverso dal concessionario), con attestazione sul possesso dei requisiti idoneativi tecnico-professionali per il completamento delle stesse, che al termine della concessione, trattandosi di realizzare un porto turistico, resteranno in proprietà del demanio.

4. In ogni caso, stante la prevalenza del diritto comunitario su quello interno, appare quindi evidente come il procedimento settoriale delineato dal citato d.P.R. n. 509-1997, debba essere coordinato con la normativa comunitaria in tema di lavori pubblici (tra i quali rientra anche al realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto), tutte le volte in cui la concessione sia anche preordinata alla esecuzione di opere di importo superiore alla soglia comunitaria.

In tale prospettiva, la documentazione con cui l'Ente gestore provvede all'accertamento dei predetti requisiti, assume la natura di *lex specialis* della procedura di rilascio della concessione demaniale marittima, a ciò consegue la vincolatività della stessa, sia nei confronti della PA, sia nei confronti dell'aspirante concessionario e, all'atto della stipula della concessione, del concessionario.

Peraltro, la stessa D.D. del Dirigente Servizio Demanio n. 440-2015, pubblicata nel BURP n. 161 del 17.12.2015, contempla e specifica tali anzidetti principi, ormai da ritenersi immanenti nell'ordinamento.

Infatti, la presente procedura è volta ad individuare un concessionario di un bene demaniale, al quale non competerà solo la gestione del bene concesso, ma anche la realizzazione delle strutture progettate, connesse e funzionali rispetto alla concessione, di rilevante importo superiore alla soglia comunitaria in materia di lavori pubblici, opere che al termine del rapporto rimarranno in proprietà del demanio.

Pertanto, del tutto legittimamente, trattandosi di concessione demaniale con le opere suddette, destinate ad un pubblico servizio, la Regione Puglia ha inteso richiedere agli aspiranti, anche ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 207-2010):

- a chi intendesse realizzare "in proprio" le predette opere, il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi (oltre che quelli economico-finanziari);

- a chi non intendesse realizzare le opere, la specifica indicazione del/i soggetto/i che avrebbero eseguito i lavori, dimostrando il possesso dei relativi requisiti.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore della Regione e del controinteressato appellati, spese che liquida in euro 4.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.