

Porto chiuso > Il parere pro veritate

DOMANI IL CONSIGLIO COMUNALE VERITÀ SUL PORTO DI LACCO AMENO

BRUNO MOLINARO: "IL PORTO DI LACCO AMENO NON RICADE NELLA BOLKESTEIN"

NUOVA GUERRA

Gaetano Di Meglio

La guerra del porto di Lacco Ameno andrà in scena, domani pomeriggio, al consiglio comunale di Lacco Ameno, in seconda convocazione perché mancava il parere del revisore sulla legittimità della creazione dell'azienda speciale "La Marina di Lacco Ameno". Un'altra pagina di questa storia infinita.

Questa volta, il comune di Lacco Ameno, però, si è affidato alla "cura" dell'avvocato Bruno Molinaro che, in un momento internazionale caotico sulla materia, ha rilasciato un dettagliato "pro veritate" al dirigente del III Settore del Comune, l'arch. D'Andrea al fine di certificare la bontà legislativa della decisione assunta dall'amministrazione di Giacomo Pascale. L'Amministrazione ha chiesto al cultore della materia Molinaro un "parere pro-veritate" in materia di assoggettamento o meno a procedura di gara di attività di gestione diretta, o tramite società in house o azienda speciale, di porto turistico (specchi acquei, aree e beni costituenti l'approdo turistico) e di servizi

IL QUESTO

Il quesito a cui ha dato risposta Molinaro è il seguente: "Può ritenersi legittimo il provvedimento con il quale il Comune, senza il preventivo esperimento di una gara, stabilisce di autoaffidarsi la gestione diretta, o tramite società in house o azienda speciale, del porto turistico (specchi acquei, aree e beni costituenti l'approdo turistico) e dei servizi funzionali alla nautica da diporto (ormeggio, disormeggio, alaggio, varo, ecc.)"

LA RISPOSTA

È sufficiente, a tal fine, richiamare in primo luogo la Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Tale Direttiva, recepita dall'Italia con d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce, infatti, all'art.



La fattispecie, infatti, non ricade, con ogni evidenza, sotto l'egida della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), con conseguente insussistenza dell'obbligo di selezione tra gli eventuali candidati sancito dall'art. 12 della medesima direttiva (e recepito nell'art. 16 del d.lgs. n. 59/10).

2 ("Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche"), che: "La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per

garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni". Del medesimo tenore è anche

LE RAGIONI

la direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici (recepita dall'Italia con lo stesso d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50), la quale, al quinto "considerando", precisa che "nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici".

GESTIONE DIRETTA POSSIBILE

Ne deriva, dunque, che alcun obbligo di selezione pubblica è rinvenibile innanzitutto nel diritto europeo, che configura la gestione diretta, o tramite società in house o anche azienda speciale, come modulo generale alternativo all'affidamento a terzi mediante selezione pubblica. La scelta della gestione diretta mediante gli uffici comunali, del resto, non necessita - a ben vedere - nemmeno di particolare motivazione. L'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge n. 241/90 non è, infatti, estensibile all'internalizzazione pura e semplice del servizio pubblico, in quanto non espressamente prevista, né ricavabile dal diritto dell'Unione

LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA.

Come chiarito dal T.A.R. Liguria, Sez. I, con sentenza del 9 novembre 2021, n. 946, all'esito del giudizio promosso da una impresa individuale (Nautica 4B.) nei confronti del Comune di Portofino, l'affidamento della gestione di un porto turistico si caratterizza per il fatto che, accanto alla concessione di beni demaniali marittimi, impone la prestazione di servizi funzionali all'esercizio della nautica da diporto (ormeggio, disormeggio, alaggio, varo, etc.). Si tratta, quindi, di una figura complessa e peculiare, nella quale profili in tema di concessione di beni pubblici coesistono con aspetti attinenti all'affidamento di servizi pubblici. Di qui l'astratta convergenza della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (artt. 112 e ss. del d.lgs. n. 267/00) e degli appalti pubblici (norme europee e d.lgs. n. 50/16), nonché della normativa in materia di demanio

BUNKERAGGIO CARBURANTI E LUBRIFICANTI PER LA NAUTICA DA DIPORTO E TRAFFICO





FRATELLI AMBROSINO SERVAVO 2
ISCHIA - VIA IASOLINO
LOCALITÀ PAGODA
TEL. +39 081.982931

QUALITÀ CERTIFICATA
AmSpec



Il legale ha analizzato le direttive 2014/23/ue e 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, recepite dall'Italia con d.lgs. n. 50 del 2016.

Tra i ricorrenti, difesi dall'avv. Felice Pettorino, anche il presidente Fiba Giuseppe La Franca. La proroghe fino al 31.12.2033 rilasciate a suo tempo sono valide in quanto conseguenti a una procedura comunque comparativa che tutela la concorrenza. Non violano dunque la Direttiva Bolkestein, anche alla luce della mappatura voluta dal governo da cui non emerge una risorsa "scarsa"

marittimo (codice della navigazione e relativo regolamento di esecuzione) e delle regole concernenti l'autorizzazione delle attività economiche (direttiva 2006/123/CE e d.lgs. n. 59/10).

AUTO AFFIDAMENTO

Nella prassi - ricorda il T.A.R. - accade sovente che, per gestire l'approdo direttamente oppure tramite una società in house o mista, i Comuni si autoaffidino in concessione il compendio portuale. "Siffatto modus operandi è legato sia all'esigenza formale di redigere un atto scritto ai fini dell'iscrizione nel registro delle concessioni demaniali marittime, sia alla distinzione, risalente al codice della navigazione del 1942, fra profili dominicali e gestionali del demanio marittimo (in argomento, cfr. Cons. St., commissione speciale, parere n. 1808 in data 12 aprile 2012).

Invero, la proprietà dei beni demaniali marittimi fa capo allo Stato, si che attualmente i poteri attinenti alla situazione proprietaria (ad esempio, la sdemanializzazione) vengono esercitati di concerto fra il Ministero delle Infrastrutture e l'Agenzia del Demanio. Invece, le competenze gestorie spettano alle Regioni o, nel caso di rilascio di concessioni demaniali, ai Comuni, ove non attribuite alle Autorità di Sistema Portuale dalla legge n. 84/1994 (artt. 105, comma 2, del d.lgs. n. 112/98 e 42 del d.lgs. n. 96/99)".

Alla luce delle richiamate disposizioni e delle riferite coordinate ermeneutiche, non vi è dubbio che la gestione di un porto turistico sia qualificabile come servizio pubblico locale di rilevanza economica e a domanda individuale, giacché, nonostante la finalità turistico ricreativa soddisfi interessi privati di una fascia ristretta di utenti, sussistono nondimeno rilevanti interessi pubblici quali la valorizzazione turistica ed economica del territorio, l'accesso alla via di comunicazione marina e la potenziale fruizione da parte dell'intera collettività laddove ricorrano eccezionali esigenze di trasporto pubblico. "In virtù del principio di autoorganizzazione ed in base al diritto unionale, il Comune può, dunque, esercitare anche i servizi pubblici di inte-

resse economico (oltre a quelli privi di tale rilievo) nelle forme dell'amministrazione diretta, ossia internalizzandoli e gestendoli con la propria organizzazione.

In particolare, per quanto concerne il quadro normativo nazionale (artt. 112 e 113 del d.lgs. n. 267/2000), è pacifico che attualmente non sussista alcun obbligo degli enti locali di affidare a terzi sul mercato i servizi pubblici di rilevanza economica, potendosi senz'altro optare per la gestione in via diretta (tale assunto è oggi unanimemente condiviso, essendo venuta meno l'originaria previsione che consentiva l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica soltanto a società miste o ad imprese private selezionate con gara, oppure, in presenza dei relativi presupposti, ad enti in house: sul punto cfr. Cons. St., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2716; Cons. St., Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488, cit.; T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 22 marzo 2011, n. 2538). Né un simile obbligo è rinvenibile nel diritto europeo, che configura la gestione diretta o tramite società in house come modulo generale alternativo all'affidamento a terzi mediante selezione pubblica".

Sotto altro profilo va aggiunto che la gestione diretta del bene demaniale da parte dell'amministrazione è la modalità fondamentale per garantire l'uso generale, che, a sua volta, costituisce la regola (in tal senso Cons. St., Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1296, relativa proprio ad un porticciolo turistico, secondo cui "una condivisibile giurisprudenza ha ripetutamente individuato la finalità basilare dei beni pubblici come funzione di interesse generale e ciò specificamente per quei beni che assolvono la propria funzione sociale servendo immediatamente non la pubblica amministrazione, ma la collettività ed in particolare i suoi componenti che sono ammessi a godere indistintamente in modo diretto: tale uso è denominato uso generale e la gestione diretta da parte del titolare del bene demaniale - quello marittimo ne è un esempio tra i più tipici - costituisce l'estrinsecazione fondamentale per garantire alla collettività il predetto uso

generale").

Si è sostenuto che, secondo una particolare ricostruzione interpretativa, non sarebbe configurabile un uso generale del bene demaniale, non essendovi un godimento indiscriminato da parte della cittadinanza (come avviene, ad esempio, per le spiagge libere): donde risulterebbe necessaria la procedura comparativa ex art. 37 cod. nav. anche laddove l'Amministrazione intenda gestire direttamente il porticciolo.

Diversamente, l'ente potrebbe sempre assumere in capo a sé l'esercizio dei beni del patrimonio indisponibile, quali gli impianti sportivi di proprietà comunale, ai sensi dell'art. 826, ultimo comma, cod. civ.

La tesi in parola riecheggia, in effetti, la tradizionale concezione dell'incompatibilità tra demanialità e servizio pubblico, la cui erogazione sottrarrebbe il bene alla collettività; visione che, a sua volta, è legata alla distinzione codicistica tra beni demaniali, destinati all'uso pubblico della generalità dei cittadini, e beni patrimoniali indisponibili, strumentali ai servizi pubblici forniti tramite gli stessi beni. Deve, tuttavia, evidenziarsi che, negli anni più recenti, è stata elaborata una nozione unitaria di "bene pubblico", che ricomprende entrambe le categorie dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili e si caratterizza per la "vocazione" a soddisfare interessi generali (c.d. "proprietà-funzione"). In tale prospettiva, allora, anche il bene demaniale marittimo costituito dal porto turistico, non diversamente da un bene del patrimonio indisponibile quale uno stadio, rappresenta uno strumento per realizzare fini pubblici (oltre che per fornire un servizio ad una platea indifferenziata, seppur ristretta, di utenti), sì che la prospettata differenziazione fra le due tipologie di beni, ai fini della scelta delle modalità di gestione, si appalesa ingustificata ed irragionevole.

Ne deriva che, laddove l'ente locale preferisca gestire direttamente l'approdo, non sono applicabili gli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. es. cod. nav. Infatti, come chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 2 marzo 2018, n. 1296 cit., il provvedimento co-

mune di autoaffidamento è superfluo ... costituendo "un'irrilevante superfetazione formale della scelta della gestione diretta del bene".

Di conseguenza, in tali casi, non deve essere effettuata la valutazione comparativa di cui all'art. 37 cod. nav. (cfr. sempre Cons. St., Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1296, cit., secondo cui "la scelta dell'appellante Comune di riservare a sé l'uso del bene demaniale in questione, pur nella veste formale della concessione in proprio favore, non risulta in contrasto con i principi dell'evidenza pubblica e concorrenziale").

In argomento si veda anche Cons. St., Sez. V, 17 gennaio 2020, n. 431, che ha ribadito come l'intento del Comune di gestire un'area demaniale in via diretta, e non mediante affidamento a privato, sia logicamente incompatibile con l'avvio di una procedura selettiva.

Né - come già precisato - "la decisione dell'Amministrazione di assumere l'esercizio diretto del porticciolo, pur in presenza di una domanda di concessione, deve essere fondata su particolari motivazioni, trattandosi, appunto, dell'ordinaria modalità di utilizzo del bene pubblico"

CONCLUSIONI

In conclusione, richiamate ancora una volta le Direttive UE 2014/23/UE e 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, recepite dall'Italia con d.lgs. n. 50 del 2016, nonché l'univoca giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato, for-

matasi in materia, confermo che è senz'altro legittimo il provvedimento con il quale il Comune, senza il preventivo esperimento di una gara, stabilisce di autoaffidarsi la gestione diretta, o tramite società in house o azienda

speciale, del porto turistico (specchi acquei, aree e beni costituenti l'approdo turistico) e dei servizi funzionali alla nautica da diporto (ormeggio, disormeggio, alaggio, varo, ecc.).



Confermo che è senz'altro legittimo il provvedimento con il quale il Comune, senza il preventivo esperimento di una gara, stabilisce di autoaffidarsi la gestione diretta, o tramite società in house o azienda speciale, del porto turistico

La fattispecie, infatti, non ricade, con ogni evidenza, sotto l'egida della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), con conseguente insussistenza dell'obbligo di selezione tra gli eventuali candidati sancito dall'art. 12 della medesima direttiva (e recepito nell'art. 16 del d.lgs. n. 59/10). Invero, la non operatività della normativa in parola risulta, oltre che dai rilievi innanzi svolti e dalla granitica giurisprudenza citata,

anche dai "considerando" n. 8 e n. 21 della stessa direttiva 2006/123/CE. Il n. 8 precisa che le relative disposizioni non obbligano gli Stati a liberalizzare i servizi di interesse economico generale, sì che i predetti servizi possono essere somministrati dagli enti pubblici (senza attivare una procedura concorrenziale tra loro ed i potenziali fornitori privati). Il n. 21, inoltre, esclude dal campo applicativo della direttiva i servizi portuali, nei quali devono ritenersi compresi anche quelli afferenti alla portualità turistica.