

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

IRCM

THÈSE présentée par :

Andrea USAI

Soutenue le : **XXII mai 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit de l'Union Européenne**

**LES SERVICES OFFERTS SUR LE DOMAINE
PUBLIC ET LE DROIT DE L'UNION
EUROPEENNE**

THÈSE dirigée par :

M. Wachsmann Patrick
M. Martucci Francesco

Professeur, Université de Strasbourg
Professeur, Université Panthéon-Assas

RAPPORTEURS :

M. De La Rosa Stéphane
M. Caggiano Giandonato

Professeur, Université de Valenciennes
Professeur, Università Roma 3

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. Martucci Francesco
Mme. Rossi Lucia Serena

Professeur, Université Panthéon-Assas
Professeur, Università di Bologna

Table des matières

Introduction	4
Première partie Les services offerts sur le domaine public a la lumière de la liberté d'établissement e du droit des marchés publics.....	6
Les services offerts sur le domaine public à la lumière du droit primaire en matière de liberté d'établissement et de marchés publics.	7
I. Liberté d'Etablissement ou Libre Circulation des Services ?	7
II. Les principes généraux en matière de marchés publics découlant des Traités et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.	11
Les services offerts sur le domaine public à lumière du droit secondaire en matière de liberté d'établissement et de marchés publics.	19
III. La Directive « Services »	19
IV. L'impact des Directives en matière de marchés publics et de la Directive « Concessions »	22
Deuxième Partie	32
Les services offerts sur le domaine public entre une brève comparaison des situations dans certaines Etats Membres et une violation potentiel des normes en matière d'aides d'Etat.....	32
Une brève comparaison entre la situation italienne et celle d'autres Etats Membres	34
V. La situation italienne	34
VI. La situation au Portugal, en Croatie, en France et en Espagne	37
a) Portugal	37
b) Croatie	38
c) France	40
d) Espagne	43
Une analyse à la lumière des normes en matière d'aides d'Etat.....	46

VII. Aide d'Etat ?	46
VIII. Service d'intérêt économique général ?	55
Conclusion	61
Résumé	71
Résumé en anglais.....	71

Introduction

Ce travail a pour objectif d'examiner l'impact du droit primaire de l'Union Européenne, en particulier de la Liberté d'Etablissement¹, des principes généraux en matière de marchés publics et, partant, l'impact du droit secondaire, en particulier celui de la Directive 2006/123/CE² et de ce qu'on pourrait désigner comme sa « fonction de marchés publics et de concessions »³, des Directives 2014/24/UE⁴ et 2014/25/UE⁵ et, finalement, de la Directive 2014/23/UE⁶ sur les services offerts sur le domaine public afin d'appréhender la façon dont on pourrait régler ces activités dans le respect du droit européen.

Ensuite, l'analyse portera sur la situation normative relative à ces services en Italie, en France, en Portugal, en Croatie et en Espagne puis abordera la question de savoir si le *status quo* pourrait susciter l'application des normes en matière des aides d'Etat.

¹ Art. 49 TFUE. En ce qui concerne le droit du marché intérieur, inter alia, C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The four freedoms", CUP, 2013; S. de la Rosa, "L'écriture des libertés de circulation" et, F. Martucci, « situations purement internes et liberté de circulation, in (dir.) E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, Bruylant, 2013; G. Caggiano, Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno, Studi sull'integrazione europea. Anno VII (2012), n. 2-3.

² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27.12.2006, p. 36-68.

³ A. Usai, "Services Provided in Areas Belonging to the Public Domain: Caught Between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC", EPPPL 4/2014.

⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65-242.

⁵ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

Première partie

Les services offerts sur le domaine public
à la lumière de la liberté d'établissement et
du droit des marchés publics.

Les services offerts sur le domaine public à la lumière du droit primaire en matière de liberté d'établissement et de marchés publics.

I. Liberté d'Etablissement ou Libre Circulation des Services ?

Il s'agira en premier lieu de comprendre si les services offerts sur le domaine public sont dans le champ d'application de la Liberté d'Etablissement et, donc, de l'art. 49 TFUE, ou de la Libre Circulation des Services et, par conséquent, de l'art. 56 TFUE. La réponse pourrait sembler simple a priori : en effet, étant donné qu'une entreprise vise à obtenir l'attribution d'une concession ou d'une autorisation en participant à une procédure de sélection (s'il y en a), et ainsi à s'établir et à utiliser une infrastructure, on pourrait argumenter que cela ce serait l'application de l'art. 49 TFUE.

Toutefois, on pourrait aussi dire que, compte tenu du fait que la durée de l'attribution de la concession ou de l'autorisation est déterminée, cela reviendrait à une application de l'art. 56 TFUE. Par contre, si on avançait que le but réel de l'entreprise serait d'obtenir l'attribution une seconde fois et pour une durée indéterminée, il s'agirait alors d'une application de l'art. 49 TFUE.

Ou encore, on pourrait souligner que, même dans le cas où une dite situation semblerait tomber dans le champ d'application de l'art. 49 TFUE du fait que le fournisseur de service nécessite d'un lieu physique où exercer sa profession, lorsque ce lieu physique s'avère nécessaire à l'opérateur économique, la situation peut tomber, sous condition que la prestation soit temporaire, dans le champ d'application de l'art. 56 TFUE.

Comme l'a établi l'arrêt *Gebhard*⁷, pour comprendre si une dite situation tombe dans l'art. 49 ou le 56 TFUE il convient de vérifier quel est le droit applicable, celui de l'Etat d'origine ou celui de l'Etat receveur ; dans le même arrêt il était remarqué que pour juger si une activité pouvait être considérée comme temporaire, devaient être prises en compte non seulement la durée du service en question, mais aussi sa régularité, périodicité, continuité.⁸

⁷ Arrêt C-55/94, *Gebhard*.

⁸ *Ibid*, par. 10.

En conclusion, il n'existe pas de formule magique pour déterminer si une dite situation tombe dans le champ d'application de la Liberté d'Etablissement ou dans celui de la Libre Circulation de Services.⁹ L'Avocat Général Jacobs, dans l'arrêt *Sager*¹⁰, a observé en effet que seule une ligne mince sépare les deux.

Néanmoins, si d'un côté cette distinction se révèle d'un certain intérêt d'un autre côté, sur le plan pratique, grâce au principe de convergence entre les libertés fondamentales, cela ne change rien, puisque l'obligation d'attribuer les services offerts sur le domaine public par procédure de sélection résulte des principes généraux, lesquels découlent des articles 49 et 56 TFUE de façon identique.

De surcroît, l'art. 12 de la Directive « Services » qui, comme on le verra dans la partie suivante, est la norme du droit secondaire applicable dans les cas examinés par ce travail, est contenu dans la section dédiée à la Liberté d'Etablissement, aussi pourrait-on affirmer, en voie interprétative, que ces situations se doivent d'être considérées comme propres au champ d'application de l'art. 49 TFUE.

Cela étant, comme la Cour l'a établi dans l'arrêt *Factortame II*¹¹, l'art. 49 TFUE stipule que le prestataire de service poursuive une véritable activité économique à travers un établissement fixe dans un autre Etat Membre, pour une période indéfinie. Pour ce qui touche au champ d'application de cet article, il concerne les entreprises et les travailleurs libéraux, donc, c'est-à-dire tous ceux qui exercent leur activité hors d'une relation de subordination, tous ceux qui assument le risque du succès et de l'échec et qui sont payés directement.¹²

L'extension de l'art. 49 TFUE a été souligné par l'arrêt *Gebhard*, dans lequel la Cour l'a défini comme un concept d'établissement très large qui permet à un citoyen européen de participer, de manière stable et continue à la vie économique d'un Etat Membre, en contribuant, en tant que travailleur libéral, à la pénétration sociale et économique dans l'Union.

De plus, les bénéficiaires de la Liberté d'Etablissement en sont autant les personnes physiques que les personnes juridiques. En effet, en ce qui concerne les premières, il convient de préciser que leur liberté de partir comme leur liberté d'entrer et leur liberté de séjourner sont couvertes par l'art. 49 TFUE. En outre, il convient également de souligner que la Liberté d'Etablissement protège aussi bien le droit d'accès au marché que le droit d'exercer l'activité économique en question une fois que l'accès est avéré.

Pour ce qui a trait à l'accès, l'art. 49 protège de fait tant l'établissement primaire que l'établissement secondaire.¹³ Il importe aussi de mentionner que l'art. 49 TFUE contient le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et le principe d'égalité, dans ce sens que chaque Etat Membre, en règle générale, est

⁹ Arrêt C-215/01 *Schnitzer* [2003] ECR 4847

¹⁰ Arrêt C-76/90, *Sager*

¹¹ Arrêt C-221/89, *R c. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (Factortame II)* [1991] ECR I-3905, par. 20.

¹² Arrêt C-268/69, *Jany*

¹³ Arrêt 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris c. Klopp* [1984] ECR 2971, par. 19. Il faut aussi examiner, *inter alia*, Arrêt C-53/95, *Inasti c Kemmler* [1996] ECR I-703.

libre de régler l'accès à n'importe quelle activité économique à condition qu'elle ne cause aucune discrimination directe ou indirecte en raison de la nationalité.¹⁴

C'est pour cette raison que toute mesure nationale directement discriminatoire¹⁵ pourra être justifiée par une dérogation exprès ou par une exigence d'intérêt général.¹⁶ Les mesures indirectement discriminatoires peuvent être justifiées de manière identique.¹⁷ Toutefois, le vrai *punctum dolens* a toujours été représenté par toutes ces mesures qui ne sont pas discriminatoires mais sont à prendre, malgré tout, comme des restrictions à la Liberté d'Etablissement.

Si, à l'origine, ces mesures n'étaient pas considérées comme des violations de l'art. 49 TFUE¹⁸, la Cour a décidé dans l'arrêt *Gebhard* que toutes les mesures nationales susceptibles d'entraver ou, plus simplement, de rendre moins attractif l'exercice des libertés fondamentales garanties par les Traités, doivent satisfaire trois conditions : elles doivent être appliquées de manière non-discriminatoire, être justifiées par les dérogations ou par les exigences d'intérêt général, respecter le principe de proportionnalité.¹⁹

En conséquence, le nouveau test introduit par la Cour, vise à évaluer si la mesure en question pourrait constituer un obstacle, une restriction ou une entrave à l'accès ou à l'exercice de la Liberté d'Etablissement, plutôt qu'une discrimination en raison de la nationalité.²⁰

De plus, un développement ultérieur consisterait en l'adoption d'une approche plus économique. Même si cela n'a pas été encore finalisé, la jurisprudence de la Cour de Justice a promulgué des arrêts qui semblent ne tenir compte que de ces restrictions qui outrepassent un seuil déterminé ou qui ont par objet ou pour résultat de restreindre l'accès au marché.²¹

En ce qui concerne le droit à l'exercice, il y a lieu de préciser qu'il s'agit du même test applicable que celui mentionné ci-dessus. Effectivement, l'évolution jurisprudentielle a été la même par rapport à l'accès au marché. Dans l'arrêt

¹⁴ C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The four freedoms", CUP, 2013.

¹⁵ Arrêt 2/74 *Reyners c Belgique* [1974] ECR 631.

¹⁶ Une approche orthodoxe dirait que les mesures directement discriminatoires peuvent être justifiées seulement par les dérogations exprès contenues dans les Traités, alors que les mesures indirectement discriminatoires ou non discriminatoires peuvent être justifiées aussi en invoquant les exigences d'intérêt général. Toutefois, la Cour semble avoir abandonné cette distinction.

¹⁷ Sur ce point, *inter alia*, Arrêt 292/86 *Gullung c Conseil de l'ordre des avocats de Colmar* [1988] ECR 111.

¹⁸ Sur ce point, C. Barnard; Arrêt 221/85, *Commission c Belgique* [1987] ECR 719

¹⁹ Sur ce point, *Gebhard*, par. 37.

²⁰ Arrêt C-424/97, *Haim c. Kassenzahnartzliche Vereinigung Nordrhein (Haim II)* [2000] ECR I-5123, par. 57; Arrêt C-309/99 *JCJ Wouters, JW Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577, par. 122. Arrêt C-65/05 *Commission c. Grèce* [2006] ECR I-10341, par. 50-2; Arrêts Réunis C-171/07 et C-172/07 *apothekerkammer des Saarlandes v Saarland* [2009] ECR I-4171, paras 23-4. Arrêt C-89/09, *Commission c. France* [2010] ECR 12941.

²¹ Sur ce point, les tarifs maximes, Arrêt C-565/08, *Commission c. Italie*, [2011] ECR I-2101; Comme l'a rappelé Barnard, sur ce point, Arrêt C-602/10 *SC Volksbank Romania c CJPC* [2012] ECR, par. 80, où on s'interroge sur la démonstration que la mesure nationale en question rend l'accès au marché moins attractif et, après, qu'elle réduise de manière effective la capacité des entreprises à se faire concurrence.

*Kostantinidis*²², l'Avocat Général Jacobs a fait référence au droit des citoyens européens d'affirmer leur statut de « *civis europeus sum* » pour circuler librement, et donc, d'opposer ce *status* à n'importe quelle norme nationale.²³

Comme il a déjà été mentionné plus haut, l'art. 49 est applicable, de manière, semblable en faveur des personnes juridiques, tant pour l'établissement primaire que pour l'établissement secondaire. Pour ce qui touche au droit d'accès au marché, en particulier dans le cas d'un établissement primaire, il importe de préciser qu'une entreprise pourra exercer son droit d'établissement en enregistrant son activité dans un autre Etat Membre, ou en la transférant ailleurs. En matière d'établissement secondaire, il convient de rappeler que la Cour a permis d'éviter que les Etats n'autorisent seules les sociétés possédant leur établissement primaire sur leur territoire d'accéder au marché.²⁴

En matière de personnes juridiques également, si une mesure se révèle directement ou indirectement discriminatoire, elle peut être justifiée par les dérogations et par les exigences d'intérêt général. Toutefois, la Cour a abandonné l'approche de la non-discrimination pour l'approche des restrictions²⁵, dont le test vise à évaluer si une mesure constitue un obstacle à la Liberté d'Etablissement.²⁶ La Cour a manifesté, dans certains arrêts, son exigence de démontrer que la restriction en question se doit d'être incisive.²⁷ En ce qui concerne le droit d'exercice, il faut souligner que la Cour a toujours opté pour une approche des restrictions.²⁸

Les services proposés sur le domaine public sont, au niveau du droit de l'Union, des activités économiques offertes par un opérateur rémunéré. Il paraît stérile d'invoquer l'application de l'art. 51 TFUE, selon lequel les activités liées à l'exercice de pouvoirs publics sont exclues du champ d'application de la Liberté d'Etablissement. En effet, le fait que ces activités soient offertes sur le domaine public ne change en rien à la nature de leurs services.

Aussi, il faut examiner les possibilités de justifier les restrictions à l'art. 49 TFUE dans le champ des services offerts sur le domaine public, à l'exemple de l'existence des mécanismes tels que le renouvellement automatique, le droit de préférence, voire l'absence totale d'une procédure de sélection publique. En appliquant l'approche de la non-discrimination, il apparaît clairement que ces mécanismes ou l'absence totale d'une procédure compétitive doivent se considérer comme des restrictions.

Peut-on les justifier en faisant référence aux dérogations exprès ou aux exigences d'intérêt général ? Cela ne semble pas possible, compte tenu du fait que

²² Arrêt C-168/91, *Kostantinidis* [1993] ECR I-1191

²³ *Ibid*, par 46.

²⁴ Arrêt 101/94 *Commission c Italie* [1996] ECR I 2691

²⁵ Arrêt C-212/97, *Centros*, [1999] ECR I-1459; C-221/89 *Factortame II* [1991] ECR I-3905.

²⁶ Arrêt C-208/00 *Uberseering* [2002] ECR I 305, par 82; Arrêt C-169/07 *Hartlauerhandelsgesellschaft mbH c Wiener Landesregierung* [2009] ECR I-1721; C-439/99 *Commission c. Italie* [2002] ECR I-305, par 39.

²⁷ Arrêt C-518/06 *Commission c. Italie* [2009] ECR 3491; Arrêt C-110/05 *Commission c. Italie* [2009] ECR I 519.

²⁸ Arrêt C-255/97, *Pfeiffer Grosshandel GmbH c LowaWarenhandel GmbH* [1999] ECR I-2835.

parmi les dérogations et les exigences d'intérêt général, il n'en existe aucune capable de justifier les mécanismes mentionnés ci-dessus, voire un manque total de procédure.

Et encore, en appliquant le test, faut-il affirmer que, même dans l'hypothèse où cela s'avérerait possible, ces restrictions violeraient malgré tout des droits fondamentaux, tels les articles 16, 21 et 41 de la Charte²⁹ et les principes généraux du droit de l'Union.

De surcroît, il semble manifeste qu'en appliquant la dernière phase du test, ces mesures ne respecteraient pas le principe de proportionnalité, puisque demeurerait toujours la possibilité d'adopter des solutions moins invasives, comme celles de procédures de sélection bien construites.

II. Les principes généraux en matière de marchés publics découlant des Traités et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Malgré la Directive « Concessions », qui cherche à établir un pont entre le droit secondaire et les contrats de concession, il y a lieu de se souvenir de la façon dont la Cour de Justice faisait référence aux principes découlant des Traités et comment elle les a empruntés aux Directives « Marchés Publics » afin de régler un secteur, comme celui des contrats de concession, dont se sont toujours servi les Etats membres comme d'une sorte de port protégé pour éviter l'application des normes européennes en matière de marchés publics.

Au nombre de ces principes également applicables dans le champ des concessions: le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité, le principe de transparence, le principe de proportionnalité, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe d'effectivité et le principe de concurrence.

Le principe de non-discrimination est un principe général du droit de l'Union Européenne³⁰ et il est aussi un droit fondamental.³¹ En outre, dans le champ des contrats publics, il exerce une influence très importante à travers la présence de quatre procédures de sélection : la procédure ouverte, la procédure négociée, la procédure restreinte et le dialogue compétitif. En ce qui concerne les services

²⁹ En ce qui concerne le rapport entre la Charte et les Traités, inter alia, L.S.Rossi, La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino, Giappichelli 2011, et, aussi, L.S. Rossi, Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in *Le scommesse dell'Europa, Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G Bronzini, F Guarriello, V Piccone, Roma 2009

³⁰ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, OUP, 2006.

³¹ Art. 21 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et comment il a été appliqué dans le champ du marché intérieur.

examinés par ce travail, il importe de comprendre quelle procédure peut être considérée comme optimale.

Le principe d'égalité requiert que les règles soient connues par avance et qu'elles soient appliquées d'une façon identique à tout le monde. De plus, il demande que tant dans la phase de sélection que dans la phase d'évaluation des offres des critères objectifs soient établis au préalable. L'objectif vise à prévenir tout risque possible d'arbitraire ou de discrimination pendant le processus de décision.³² Ensuite, les critères de sélection relatifs à la position des opérateurs économiques ont un effet direct.³³

Le principe de transparence aide à introduire un certain degré d'ouverture dans la procédure et de responsabilité de la part de l'autorité publique contractante. Afin d'en assurer la conformité, un degré suffisant de publicité doit être garanti pour que tous les concessionnaires potentiels aient la possibilité de manifester leur intérêt. Les autorités contractantes se doivent aussi d'annoncer publiquement leur intention d'attribuer un contrat public. La Cour de Justice³⁴ a déjà établi qu'un niveau suffisant de publicité doit être garanti pendant la procédure d'attribution. Ainsi, tous les risques conduisant à des effets discriminatoires pourraient être éliminés.

Il a déjà été fait mention de l'existence de principes qui doivent être appliqués et auxquels il faut se conformer lorsque toutes les autorités publiques décident d'attribuer un contrat de concession. Les Cours européennes ont déjà souligné cette règle à différentes reprises. Bien que le but de ce travail ne consiste pas en l'examen de tous les arrêts de la jurisprudence de la Cour de Justice relatifs à l'application des principes mentionnés antérieurement aux procédures d'attribution des concessions, il convient de considérer la manière dont la Cour de Justice a établi que les principes en matière de marchés publics sont bien applicables.

Ainsi, dans l'arrêt *Comune di Ancona c. Regione Marche*³⁵, la Cour a déclaré que les concessions de service n'étaient pas réglées au niveau du droit de l'Union Européenne. Néanmoins, comme en témoignent les arrêts *Telaustria* et *Telefonadress*³⁶, les Traités et les principes de non-discrimination et d'égalité en raison de la nationalité, d'où découle une véritable obligation d'assurer un degré suffisant de publicité, demandent que la procédure d'attribution soit conforme au

³² C.H Bovis, EU Public Procurement law, 2013.

³³ Arrêt 76/81 SA transporoute et travaux c Ministero dei lavori pubblici [1982] ECR 00417

³⁴ Sur ce point, *inter alia*, M Krugner, 'The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions', (2003) 12 PPLR 181; A Brown, 'Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty', 2007 PPLR; S de Mars, 'The Limits of general principles: a procurement case study' (2013) 38(3) Eur. L Rev

³⁵ Arrêt C-388/12 Comune di Ancona c. Regione Marche.

³⁶ Arrêt C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, ex parte: Herold Business Data AG*, [2000] ECR I-10745

principe de concurrence ; ils demandent aussi que l'impartialité de la procédure de sélection soit soumise à la révision juridictionnelle.³⁷

Néanmoins, s'il est vrai que la Cour de Justice a déclaré que l'attribution des contrats de concession devrait respecter les principes mentionnés plus haut, il apparaît tout aussi certain que cela n'implique pas forcément une obligation de la part de l'autorité publique d'ouvrir un appel d'offres.³⁸ La Cour a continué à affirmer que dans tous les cas où se manifesterait un manque de transparence, le principe d'égalité serait violé et, si la violation ne pouvait pas être justifiée par des circonstances objectives, se produirait une discrimination directe et, donc, une grave violation des articles 49 TFUE ou 56 TFUE.³⁹

Dans l'arrêt *Belgacom*,⁴⁰ la Cour de Justice a affirmé que, même si les concessions n'étaient pas intéressées par l'application du droit secondaire, elles étaient quand-même dépendantes du droit primaire et des principes découlant des Traités et étoffées par les Directives en matière de marchés publics. Dans ce cas précis, qui était considéré comme une concession, car le risque opératif de l'activité incombait à l'opérateur économique⁴¹, aucun appel d'offres n'avait été ouvert. En outre, il y a lieu de préciser que ce contrat était considéré d'intérêt transnational en raison de sa valeur financière, de sa localisation et de ses caractéristiques techniques.⁴²

En conséquence, tous les opérateurs économiques établis dans un Etat membre autre que celui où l'autorité contractante est établie, auraient du avoir l'opportunité de manifester leur intérêt.⁴³ C'est pour cette raison que la Cour a déclaré que l'obligation de transparence ne peut pas être ignorée ; en effet, même si, dans ce cas là, aucun opérateur économique n'avait encore manifesté son intérêt, la

³⁷ *ibid*, [45].

³⁸ Arrêt C-260/04 *Commission c Italie* [2007] ECR I-7083, [24]; Arrêt C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle e Région de Bruxelles Capitale* [2008] ECR I-8457, [25].

³⁹ Arrêt C-347/06 *ASM Brescia SpA c Comune di Rodengo Saiano*, [2008] ECR I-05641, [60].

⁴⁰ Arrêt C-221/12 *Belgacom NV c Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN)*.

⁴¹ Arrêt C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c AOK Rheinland/Hamburg* [2009] ECR I-04779, [72]; Arrêt C-274/09, *Privater Rettungsdienst Krankentransport Stadler c Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* [2011] ECR I-01335, [26].

⁴² Arrêts Réunis C-147/06 and C-148/06 *SECAP SpA e Santorso Soc. coop. Sarl c Comune di Torino* [2008] ECR I-03565, [24].

⁴³ Arrêt C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287, C-458/03 *Parking Brixen* [2005] ECR I-8585, [55].

possibilité que les compétiteurs⁴⁴ aient pu être intéressés par ce contrat ne pouvait être exclue.⁴⁵

Dans l'arrêt *Comune di Ancona c. Regione Marche*⁴⁶, la Cour référante avait demandé si le principe contenu dans l'art. 12 du Règlement 1260/99⁴⁷ et, en particulier, l'obligation de respecter les normes relatives à l'appel d'offres, comportait l'obligation pour le bénéficiaire du fond en question de respecter le principe de transparence pendant l'attribution de la concession. Dans cette affaire, l'Avocat Général suggérait que le fait que l'art. 12 du Règlement mentionnait explicitement les contrats publics n'excluait pas l'application de cette norme aux concessions.⁴⁸

Ce concept résulte du fait que, afin de respecter le principe de concurrence, l'autorité contractante ne peut pas s'abstenir d'ouvrir un appel d'offres aussi bien pour les contrats publics que pour les concessions, même si, comme cela a déjà été remarqué, le droit secondaire ne réglait pas les concessions de service.⁴⁹ En effet, depuis l'adoption de la Directive « Concessions », toutes les concessions qui ne seront pas dans son champ d'application, resteront attrapées par les Traités et par la jurisprudence de la Cour de Justice.⁵⁰

En particulier, les autorités contractantes doivent se conformer à la liberté d'établissement, à la libre circulation des services et au principe de transparence.⁵¹ Découle du principe de transparence le principe d'égalité, déclaré principe fondamental par la Cour.⁵² Selon ce principe, toute situation similaire doit être traitée de manière identique, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée.⁵³ L'Avocat Général a affirmé que l'obligation de transparence requiert que tous les compétiteurs potentiels aient un degré suffisant de publicité

⁴⁴Arrêt C-91/08 *Wall AG c La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH* [2010] ECR I-02815, [36].

⁴⁵Arrêt C-203/08, *Sporting Exchange Ltd v Minister van Justitie* [2010] ECR I-04695, [46-47]; Arrêt C-64/08 *Procedimento penale a carico di Ernst Engelmann*, [2010] ECR I-80219, [51] and [53].

⁴⁶Note 34 ci-dessus.

⁴⁷Règlement (CE) n o 1083/2006 du Conseil du 11 juillet 2006 portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion, et abrogeant le règlement (CE) n o 1260/1999

⁴⁸Conclusions de l'AG Bot dans l'arrêt C-388/12 *Comune di Ancona c Regione Marche*.

⁴⁹ibid. [79].

⁵⁰ibid, [80].

⁵¹ibid, [81] and Case C-91/08 *Wall* (n 23), [33]

⁵²Arrêts Réunis 117/76 and 16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. c Hauptzollamt Hamburg-St. Annen and Diamalt AG c Hauptzollamt Itzehoe* [1977] ECR 1753, [7].

⁵³Arrêts Réunis 201/85 and C-202/85 *Marthe Klenschet autres c Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, [1986] 03477, [9]; Arrêt C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero c Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)* [2002] ECR I-11915, [32]. Sur les contrats publics, arrêt C-243/89, *Commission c Danemark* [1993] ECR I-03353, [37-39] et arrêt C-87/94, *Commission c Belgique* [1996] I-02043, [51-56]

pendant la procédure d'attribution afin de l'ouvrir au marché à travers une procédure de sélection.

Néanmoins, comme cela a déjà été souligné, l'obligation de transparence ne signifierait pas forcément que l'autorité doit ouvrir un appel d'offres s'il s'avérait certain qu'une concession n'intéressait pas les entreprises établies dans les autres Etats membres.⁵⁴ En effet, selon la Directive, il n'existe aucune obligation de publicité lorsque le service en question ne peut être offert que par un seul sujet à cause d'un manque de concurrence dû à des raisons techniques et quand ce manque ne résulte pas d'une restriction artificielle dans les critères d'attribution.⁵⁵

Par ailleurs, le même principe est applicable même s'il paraissait clair que la publication de l'appel n'impliquerait pas une augmentation du degré de concurrence, soit parce qu'il n'existe aucun opérateur économique capable d'aménager la concession si cette situation d'exclusivité n'a pas été créée par l'autorité, soit en raison du manque de substituts.⁵⁶

Dans l'arrêt *Ernst Engelmann*⁵⁷, la Cour de Justice a réaffirmé qu'il faut appliquer les Traités⁵⁸, c'est-à-dire les Libertés Fondamentales, et l'obligation de transparence⁵⁹ à toutes les concessions. S'il semble qu'un appel d'offres ne soit pas obligatoire, cette obligation entraîne que l'autorité contractante doit assurer autant la publicité que la possibilité de se pourvoir en appel afin que l'impartialité de la procédure soit contrôlée.⁶⁰ Dans le cas inverse, il s'agirait nécessairement d'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité ; effectivement, la possibilité des compétiteurs potentiels de manifester leur propre intérêt serait menacée.⁶¹

Dans l'arrêt *Commission c. Ireland*⁶², l'Avocat Général a affirmé que le principe de transparence joue un rôle ancillaire par rapport aux principes d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité. Néanmoins, il ne peut pas être considéré comme subordonné. En effet, afin de vérifier que les principes d'égalité et de non-discrimination sont respectés, il est nécessaire d'examiner que le principe de transparence a été dûment respecté.⁶³ Effectivement, ce dernier constitue la

⁵⁴Arrêt C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) c Comune di Cingia de' Botti* [2005] ECR I-07287.

⁵⁵ibid, [92].

⁵⁶ibid. [93].

⁵⁷Arrêt C-64/08, *Ernst Engelmann*

⁵⁸Articles 49 and 56 TFEU.

⁵⁹Arrêt C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH*; Arrêt C-231/03 *Coname*; Arrêt C-458/03, *Parking Brixen*; Arrêt C-91/08 *Wall*, [33]; Arrêt C-203/08, *Sporting Exchange*, [39].

⁶⁰Arrêt C-231/03 *Consorzio Aziende Metano* (n 35), [50].

⁶¹ibid. [51]

⁶²Arrêt C-226/09 *Commission c Irlande* [2010] ECR I-11807

⁶³ibid. [35].

condition préalable pour garantir que tous les compétiteurs potentiels ont été informés de la procédure de sélection.⁶⁴

Dans cette affaire, les autorités irlandaises avaient établi que le poids affecté aux critères d'attribution ne devait être décidé qu'à l'expiration du délai imparti pour présenter les offres. Du reste, comme la Cour l'avait déjà clarifié⁶⁵, il ne serait pas illégitime de déterminer le poids des critères d'attribution dans une période subséquente, à condition que tout soit finalisé avant d'ouvrir les enveloppes.

En conséquence, il apparaît clairement que le but principal du principe de transparence vise à garantir aux compétiteurs potentiels un degré suffisant de publicité pour que le marché soit ouvert à la concurrence et pour que les procédures de sélection soient contrôlées par les Cours.⁶⁶ De plus, il semble que, même si une concession n'a qu'un intérêt transnational potentiel, les principes découlant des Traités doivent être appliqués.⁶⁷

Dans l'arrêt *Sporting Exchange*⁶⁸, la Cour a affirmé que les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence découlent de l'art. 56 TFUE. En effet, l'obligation de transparence est applicable lorsque la concession pourrait se révéler intéressante pour un opérateur économique établi dans un Etat membre différent de celui où la concession doit être attribuée.⁶⁹ Toutefois, selon la jurisprudence, il n'y aurait pour l'autorité contractante aucune obligation d'ouvrir un appel d'offres.⁷⁰

Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission*⁷¹, le Tribunal a souligné que les contrats que ne sont pas attrapés par le droit européen secondaire en matière de marchés publics, comme c'était le cas pour les concessions, le sont toujours par les Traités⁷² et que l'obligation de transparence procède directement des Libertés Fondamentales, du principe d'égalité et du principe de non-discrimination.⁷³ Le principe de publicité demanderait, en toutes circonstances, la publication.

⁶⁴ibid,[36].

⁶⁵Arrêt C-331/04 *ATI EAC Srl et Viaggi di Maio Snc, EAC Srl et Viaggi di Maio Snc c ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia*, [32].

⁶⁶ibid, [47]. Arrêt *Telaustria*; Arrêt C-324/07, *Coditel*, [25]; Arrêt C-203/08, *Sporting Exchange*, [41]

⁶⁷Arrêt C-231/03 *Consorzio Aziende Metano* (n 35), [22]; Arrêt C-324/98, *Telaustria*, [60]; Arrêt C-59/00, *Vestergaard*, [20]; Arrêt C-231/03, *Coname*, [20]; Arrêt C-91/08, *Wall*, [34]. Sur ce point, European Commission, 'Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or fully subject to the provision of Public Procurement Directives' [2006] OJ C179/2, par. 1.3.

⁶⁸Arrêt C-203/08 *Sporting Exchange*.

⁶⁹ibid, [40].

⁷⁰ibid, [41]

⁷¹Arrêt T-258/06 *Allemagne c Commission*, [2010] ECR II-02027.

⁷²ibid, [66]

⁷³ibid, [83].

Dans l'arrêt *Wall*⁷⁴, la Cour de Justice a souligné de nouveau que le principe de transparence découle directement des art. 49 et 56 TFUE, lesquels, à cause de leur effet direct sur les juridictions nationales, s'imposent sur les législations des Etats membres. Ensuite, dans l'arrêt *ASM Brescia*,⁷⁵ la Cour a affirmé que si la concession en question est d'intérêt transnational et qu'elle est attribuée à une entreprise établie dans le même Etat membre dans lequel l'autorité contractante est établie, sans une procédure de sélection publique transparente, cela constituerait une mesure directement discriminatoire.

En ce qui concerne la durée des contrats de concession, dans l'arrêt *Muller*,⁷⁶ la Cour a énoncé qu'une durée illimitée de la concession ne peut pas être considérée comme légitime selon le droit de l'Union Européenne⁷⁷ dans la mesure où il est nécessaire d'assurer l'effectivité du principe de concurrence. Cet arrêt semble annoncer le contenu de l'art. 12 de la Directive 2006/123/CE. De plus, le principe de la durée limitée des contrats de concession a été inséré dans la Directive 2014/23/UE. Par ailleurs, la Cour a déclaré dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*,⁷⁸ que s'il est démontré que des normes violent les dispositions en matière de marchés publics, la Commission peut ouvrir une procédure d'infraction.⁷⁹

⁷⁴Arrêt C-91/08 *Wall*

⁷⁵Arrêt C-347/06 *ASM Brescia SpA c Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-05641.

⁷⁶Arrêt C-451/08 *Muller*

⁷⁷*ibid*, [79]. Sur ce point, examiner les conclusions de l'AG [96-97]; Arrêt C-454/06 *Pressetext*, [73].

⁷⁸Arrêt Case C-160/08 *Commission c Allemagne* [48]

⁷⁹*ibid*, [148]; Arrêt C-416/07 *Commission c Grèce* [2009] I 07883, [24].

Les services offerts sur le domaine public à lumière du droit secondaire en matière de liberté d'établissement et de marchés publics.

III. La Directive « Services »

Ce travail ne poursuit pas l'objectif d'examiner dans le détail la genèse, les objectifs et le champ d'application de la Directive 2006/123/CE, étant donné que de nombreux spécialistes ont déjà abordé ces aspects de ce qui peut être considérée comme la Directive la plus controversée de l'histoire de l'intégration économique européenne.⁸⁰ Il ressort qu'il conviendrait davantage d'appréhender les articles 12 et 13 de la Directive « Services » par ce qui paraît relever de leur fonction de marchés publics et de concession.

Comme cela a déjà été spécifié, les concessions de services n'ont jamais été réglées au niveau du droit de l'Union Européenne.⁸¹ En conséquence, il ne semblait pas exclu que les autorités publiques des Etats membres considèrent en tant que concessions ce qui ne correspondait qu'à des procédures de marchés publics afin d'échapper à l'application des normes détaillées contenues dans le droit secondaire.⁸² C'est pourquoi l'adoption de normes ad hoc pour l'attribution des concessions a été jugée nécessaire. D'ailleurs, il faut également préciser que, même si le secteur des concessions n'était pas intéressé par l'application des Directives en

⁸⁰Pour une vision générale sur la Directive « Services », inter alia, C: Barnard, *Unraveling the Services Directive*, CMLR (45) 2008; S D'Acunto, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): Genesi, Obiettivi, Contenuti*, (Giuffrè 2009); B De Witte, 'Setting the Scene: How did Services get to Bolkestein and Why?', *EUI Working Papers* (2007) available at <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6929> accessed 20.11.2014; V Hatzopoulos, *Regulating Services in the European Union* (OUP 2012); C Ferrari-Breeur (ed), *La Directive Services en principe(s) et en Pratique*, (Bruylant 2011). Sur ce point, A Usai, 'Today's softness is tomorrow's nightmare: The Services Directive Between a Messing and Fragmented Integration and the Urgent Need to Complete the Single Market', *Maastricht University School of Law Working Paper 3/2014*, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2421262 accessed 20.11.2014; Pour une vision générale sur l'implémentation de la Directive « Services », U Stelkens, W Weiss and M Mirschberger (eds), *The Implementation of the EU Services Directive* (Springer 2012)

⁸¹ci-dessus

⁸² ibid.

matière de marchés publics, il l'était par les principes découlant des Traités et soulignés dans les Directives en matière de contrats publics.⁸³ De surcroît, la Directive « Services », qui aurait du ouvrir le marché des services à la concurrence grâce aux points de contact unique,⁸⁴ aux règles concernant le droit à être informé,⁸⁵ au principe de l'autorisation tacite,⁸⁶ à la prohibition de toute barrière à la libre circulation,⁸⁷ à la coopération administrative⁸⁸ et à la simplification⁸⁹, oblige les Etats membres à introduire une procédure de sélection pour choisir parmi différents candidats lorsque les autorisations sont limitées pour cause de pénurie, soit de ressource naturelles soit de capacité technique.⁹⁰

On peut arguer du fait que les articles mentionnés ci-dessus ont toujours visé à mettre l'accent sur ce qui était demandé tant par les Traités que par les arrêts de la jurisprudence de la Cour de Justice, lorsque des concessions sont attribuées aux fournisseurs de services. En pratique, on pourrait argumenter que les arts. 12 et 13 de la Directive 2006/123/CE ont toujours représenté les portes par lesquelles les principes découlant du droit primaire et soulignés par les Directives en matière de contrats publics pouvaient entrer dans le champ des concessions de services.

Evidemment, l'art. 12 renforce la *rationale* générale de la Directive « Services », selon laquelle les Etats membres ne doivent pas conditionner l'accès au marché de services ou l'exercice d'une activité économique à des schèmes d'autorisation, à moins qu'ils ne respectent le principe de non-discrimination, qu'ils soient demandés pour une raison d'intérêt général et qu'ils ne violent pas le principe de proportionnalité. De plus, l'art. 12 constitue une exception à l'art. 11 qui affirme que la durée de l'autorisation doit être illimitée.

La fonction de marchés publics et de concessions exercée par les arts. 12 et 13 de la Directive 2006/123/CE peut être analysée par rapport à ces activités qui sont offertes sur le domaine public et qui sont attribuées à des particuliers avec des contrats de concession ou des autorisations.

En effet, l'impact même des marchés publics de ces articles est déterminé par les éléments suivants : le fait que les autorités contractantes demandent aux opérateurs de garantir le service à certaines heures de la journée et de maintenir les espaces en question ; le besoin d'introduire une procédure de sélection pour choisir l'opérateur parmi des candidats ; la prohibition d'introduire des mécanismes de renouvellement automatique du titre et, ainsi, des mécanismes de droit de préférence pour le concessionnaire sortant ; l'obligation de se conformer au principe de non-discrimination, d'égalité, de transparence, de publicité ; la durée limitée de l'autorisation en question.

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ Stelkens, Weiss et Mirschberger, cit.

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ *ibid.*

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ Article 12 de la Directive « Services ».

Cependant, il faut aussi préciser que, en dépit du fait que les articles 12 et 13 cherchaient à établir un pont entre le champ d'application des Directives en matière de marchés publics et les champs qui y échappaient et, par conséquent, à souligner ce qui figurait déjà dans les Traités et dans la jurisprudence de la Cour de Justice, il s'avérait toutefois manifeste qu'en raison de la genèse turbulente de la Directive « Service » et de la réduction de son champ d'application, certains secteurs ont été exclus⁹¹ et des dérogations ont été insérées.⁹²

Ainsi, l'impact potentiel des arts. 12 et 13 s'en est trouvé certainement réduit à cause de l'adoption de la dernière version de la Directive en question. Par ailleurs, en ce qui concerne les secteurs qui sont restés dans le champ d'application de la Directive « Services », il convient de préciser que ces articles ont un fort impact car ce sont les seules normes du droit secondaire, avec les Traités et les principes issus de la jurisprudence de la Cour de Justice, qui demandent l'introduction d'une procédure de sélection non-discriminatoire.

On peut aussi argumenter qu'après l'adoption et l'entrée en vigueur de la Directive « Concessions », les arts. 12 et 13 sont toujours applicables dans toutes les situations échappant à l'application de la Directive 2014/23/UE, à l'instar des concessions de plage et des concessions hydroélectriques. En effet, il semble qu'elles ne soient pas attrapées par la nouvelle Directive « Concessions ».⁹³ S'il

⁹¹Article 2 de la Directive « Services ».

⁹²Article 17 de la Directive « Services ».

⁹³ Selon le considérant 15 de la Directive 2014/23/UE « En outre, certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens publics, en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive. C'est habituellement le cas des baux immobiliers publics ou des baux fonciers, qui contiennent généralement des conditions applicables à l'entrée en possession du preneur, à l'usage auquel le bien est destiné, aux obligations du bailleur et du preneur relatives à l'entretien du bien, à la durée du bail et à la restitution de la possession au bailleur, à la location et aux frais accessoires à charge du preneur ».

Néanmoins, pour ce qui a trait à l'exclusion des services offerts sur le domaine public du champ d'application de la Directive « Concessions » deux questions restent à poser: la première concerne le fait que leur exclusion est corroborée par ce considérant et qu'un considérant n'est rien de plus qu'un considérant ; la deuxième regarde le fait qu'il est difficile d'affirmer que les concessions en question ne doivent pas être qualifiées de concessions dans le sens de la Directive du fait que l'Etat ou les autorités publiques ne paraissent acquérir aucun service spécifique. Tel ne semble pas le cas. Comme il a été mentionné plus haut, des services sont acquis.

En outre, pour ce qui touche aux seuils qui pourraient être satisfaits dans certains cas ; ainsi peut-il s'avérer difficile de décider.

fallait dresser un bilan, on pourrait affirmer que les arts. 12 et 13 de la Directive 2006/123/CE exercent fortement une fonction de marchés publics et de concessions. D'ailleurs, ils contiennent une obligation à introduire une procédure de sélection, à respecter le principe de non-discrimination, d'égalité, de transparence et de publication. Ensuite, ils demandent que la durée de l'autorisation soit limitée. Néanmoins, comme cela a déjà été souligné, le concessionnaire doit avoir la possibilité de récupérer tous ses investissements. Il en ressort que les questions suivantes se doivent d'être abordées : quelle procédure optimale adopter, à la lumière de l'interaction entre la Directive « Services » et les principes découlant des Traités, de la jurisprudence de la Cour et soulignés par les Directives en matière de marchés publics ? Quelle durée doit avoir la concession ?

IV. L'impact des Directives en matière de marchés publics et de la Directive « Concessions »

Le fait d'examiner l'impact sur les services offerts sur le domaine public des Directives en matière de marchés publics peut sembler d'un point de vue logique sujet à caution. Premièrement, ces services sont des activités économiques offertes sur des espaces attribués par concessions ou par autorisations. Deuxièmement, même s'il paraît vraisemblable que les principes en matière de marchés publics ont été utilisés par la Cour afin de régler les contrats de concession, il est tout aussi avéré que ces principes découlent des Traités, en particulier des arts. 49 e 56 TFUE.

En dépit du fait que les concessions de service ne sont pas attrapées par les Directives en matière de marchés publics, on peut aussi argumenter que, même si la nouvelle directive en matière de concessions a été récemment adoptée, les principes utilisés par la Cour pour jeter un pont entre les concessions et le droit secondaire ont été empruntés aux Directives auxquelles ce paragraphe fait référence.

En effet, bien que le *rationale* derrière les marchés publics et les concessions différent, il faut tenir compte du fait que les principes basilaires, tels que les principes de non-discrimination et d'égalité, le principe transparence et l'obligation de

Par ailleurs, certains pourraient faire valoir que ce ne sont pas des concessions selon le droit de l'Union, mais des autorisations, étant donné que c'est la Directive « Services » qui est applicable. Cependant, comme on l'a argumenté dans d'autres parties de ce travail, la Directive « Services » a toujours exercé une fonction de marchés publics et de concession. En plus, la raison pour laquelle ces services semblent être exclus du champ d'application de la Directive « Concessions » relève plutôt du politique que du juridique. Néanmoins, l'argumentaire porte sur l'application soit de la seule Directive « Services » soit de la Directive « Concessions » pour ces activités économiques qui doivent être attribuées par une procédure de sélection respectueuse des principes en matière de marchés publics et dont leur durée ne peut pas être illimitée.

publication avec la nécessité d'introduire une procédure de sélection pour choisir parmi divers candidats dérivent également du droit secondaire en matière de marchés publics.

En outre, il convient aussi de rappeler que le but réel des Directives sur les contrats publics est d'éviter autant le risque de favoritisme en faveur des soumissionnaires ou des candidats nationaux que celui que représenteraient les autorités publiques qui pourraient choisir de suivre des considérations étrangères à l'économie.⁹⁴ En effet, les mêmes préoccupations peuvent être trouvées dans le champ des services offerts sur le domaine public et attribués par des concessions ou des autorisations.

D'autre part, les normes en matière de marchés publics peuvent être considérées comme une sorte de droit public de la concurrence, dans la mesure où, similairement aux Libertés Fondamentales et aux normes en matière d'aides d'Etat, elles offrent la garantie que le pouvoir public ne prenne pas de décisions biaisées en faveur des entreprises domestiques.

Egalement, les Directives en matière de contrats publics et la Directive « Concessions » peuvent aider à comprendre le choix d'une typologie de procédure et la durée que devrait avoir la concession. Effectivement, le *rationale* de la récente réforme en matière de marchés publics se révèle double : le besoin d'économiser le plus possible et le besoin de maximiser l'aménagement des ressources publiques. Les nouvelles directives visent à rendre les procédures d'attribution plus flexibles et introduisent la possibilité de poursuivre des politiques publiques.⁹⁵

Il paraît par conséquent intéressant de se pencher sur la question de savoir quels éléments les plus innovateurs ont été introduits par la réforme en matière de marchés publics. D'abord, comme cela a déjà été mentionné, les nouvelles directives ont entraîné une approche tout à la fois plus simplifiée et flexible. Par rapport aux diverses typologies de procédure auxquelles une autorité publique contractante peut faire référence, il s'agit de la procédure ouverte et de la procédure restreinte. En outre, le fait notable réside dans la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution⁹⁶ avec en plus, la possibilité de parvenir aux objectifs de la stratégie « Europe 2020 » à travers l'utilisation des contrats publics.

⁹⁴ Arrêt C-380/98 *University of Cambridge* [2000] ECR I-8035, [17]; Arrêt C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG c Arztekammer Westphalen-Lippe*.

⁹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Single Market Act Twelve levers to boost growth and strengthen confidence 'Working together to create new growth', COM (2011) 206.

⁹⁶ En ce qui concerne les critères de sélection: Arrêt C-470/99 *Universale Bau*, [20-21], [80-100]; *Clinton v department for Employment and Learning* [2012] NIQB 2. P McGovern, 'Selection and Award Criteria: *Clinton v Department for employment and Learning*' (2012) 4 PPLR 215 et S Treumer, 'The Selection of qualified firms under EC Procurement Directives' (1998) 6 PPLR 147. En ce qui concerne les critères d'attribution, arrêt 31/87 *Beentjes*; Arrêt C-19/00 *SIAC*, C 331/04 *ATI*, C 532/06 *Lianakis and Lettings c London Borough of Newman* [2008] EWHC 1583 (QB). OGC Action Note 04/09 of 29 April 2009 'Requirement to distinguish between 'selection' and 'award' stages of a public procurement, and to give suppliers complete information about the criteria used in both stages' available at

D'ailleurs, le point-clé est centré sur le fait que les contrats publics doivent être attribués dans le respect des principes de transparence, de non-discrimination, d'égalité. Seul le respect de ces principes permet d'assurer que les offres ont été évalués à la lumière d'une concurrence effective.

Ensuite, vu que le seul critère d'attribution est « l'offre économiquement la plus avantageuse », il faut déterminer des critères précis. En ce qui concerne la fourniture de services, les autorités contractantes devraient être capables d'utiliser ces critères : compétence en organisation, qualifications professionnelles et expérience du personnel normalement en charge des activités.

Etant donné, au moins en ce qui concerne les principes, que les deux directives en matière de marchés publics présentent une forte ressemblance, ce travail ne s'en tient qu'à la seule directive 2014/24/UE.⁹⁷ Cette dernière déclare de manière très claire que l'attribution des contrats publics doit respecter les principes des Traités, comme, par exemple, la Libre Circulation des Services, la Liberté d'Etablissement et tous les principes en découlant, c'est-à-dire les principes d'égalité, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et, finalement, de transparence.⁹⁸

Ensuite, les contrats publics doivent être attribués en faisant référence à des critères objectifs, afin de garantir le respect des principes mentionnés ci-dessus.⁹⁹ En effet, pour que le respect du principe d'égalité pendant l'attribution des contrats en question soit assuré, il s'avère notamment nécessaire que les autorités contractantes soient obligées de créer la transparence indispensable aux candidats pour qu'ils soient informés des critères et des modalités qui seront appliqués avec la décision d'attribuer le contrat en question. C'est pour cette raison que les entités doivent indiquer les critères d'attribution et le poids qui leur est donné.

En outre, selon la Directive¹⁰⁰, tous les opérateurs économiques doivent être traités de la même façon sans aucune forme de discrimination, alors même que les autorités contractantes se doivent d'agir de manière transparente et proportionnelle.¹⁰¹ Dans le même article, le *rationale* des marchés publics est souligné : la conception des marchés publics ne doit pas viser à leur exclusion du champ d'application de cette Directive ou à réduire artificiellement la concurrence. Il précise de surcroît que la concurrence sera artificiellement restreinte, lorsque les

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110822131357/http://www.ogc.gov.uk/documents/PPN0409.pdf> . S Treumer, 'The distinction between selection and award criteria in EC public Procurement law - a rule without exception?' (2009) 3 PPLR 103; T Kostonis, 'The Nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: Lianakis V Dimos Alexandroupolis (C 532/06)' (2008) 4 PPLR 128

⁹⁷Note 4 ci-dessus.

⁹⁸Considérant 1.

⁹⁹Considérant 90.

¹⁰⁰Article 18.

¹⁰¹ibid.

opérations en matière de contrats publics viseront à favoriser ou à défavoriser certains opérateurs économiques.

Quant aux procédures, il convient de remarquer que les autorités appliquent les procédures nationales, lesquelles doivent malgré tout respecter la Directive, à condition qu'un appel d'offres ait été publié, et, par conséquent, qu'un avis ait été publié dans le respect de l'art. 49.¹⁰² Dans la procédure ouverte, l'offre doit être accompagnée des informations nécessaires à l'autorité contractante pour la sélection qualitative.¹⁰³ Dans les procédures restreintes, les opérateurs économiques peuvent demander de participer, en réponse à un appel d'offres, en soumettant les informations nécessaires à l'autorité publique pour la sélection qualitative. Après l'évaluation effectuée par l'autorité, seuls ceux qui auront été invités pourront soumettre leur offre.¹⁰⁴

Dans les procédures compétitives avec négociation, tous les opérateurs économiques peuvent demander de participer en réponse à un appel d'offres en soumettant toutes les informations nécessaires à l'autorité pour la sélection qualitative. Dans les documents, les autorités doivent identifier l'objet, en fournissant une description de leurs besoins et des caractéristiques demandées.

Seuls ceux qui seront invités après l'évaluation des informations soumises pourront faire une offre initiale qui servira de base aux négociations. Toutefois, ni les critères d'attribution ni les réquisits minimaux ne feront l'objet des négociations. Pendant les négociations, l'égalité des offres doit être sauvegardée en assurant que les informations ne seront pas fournies de manière discriminatoire, car on courrait le risque que certains parmi les candidats soient avantagés au détriment des autres.¹⁰⁵

Dans la procédure qualifiée de dialogue compétitif, tous les opérateurs économiques peuvent soumettre une requête pour participer en réponse à un avis en fournissant les informations nécessaires pour la sélection qualitative. En conséquence, seuls ceux qui ont été invités après l'évaluation des informations soumises peuvent participer au dialogue. Les besoins doivent être clarifiés et définis dans l'avis ou dans un document, avec les critères d'attribution choisis et la période de temps impartie aux concessions.

Ensuite, un dialogue destiné à identifier et à définir les moyens indiqués pour satisfaire ces besoins est ouvert. L'égalité de tous les participants doit être assurée. Ainsi, les informations ne doivent pas être fournies de manière discriminatoire, car cela pourrait conférer un avantage à certains des candidats.

En ce qui concerne les spécifications techniques, elles doivent toujours garantir un accès égal aux opérateurs économiques pendant la procédure et elles ne

¹⁰²Article 26.

¹⁰³Article 27.

¹⁰⁴Article 28

¹⁰⁵Article 29

doivent pas créer d'obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.¹⁰⁶

Pour ce qui est de la publication et de la transparence¹⁰⁷, les autorités contractantes peuvent communiquer leurs intentions à travers un avis publié soit par le Bureau Publications de l'Union Européenne soit par les autorités elles-mêmes sur leur profil d'acheteur. Après la conclusion du contrat, soit à travers une décision d'attribution ou de conclusion du contrat, les autorités contractantes doivent envoyer un avis d'attribution sur les résultats de la procédure.

Parmi les critères de sélection, on peut considérer la pertinence à poursuivre l'activité professionnelle, les conditions financières et économiques, l'habilité technique et professionnelle. L'article relatif aux critères d'attribution¹⁰⁸ établit que les contrats publics ne doivent être attribués qu'à la lumière de l'offre la plus avantageuse économiquement ; un examen des coûts et des bénéfices se doit d'être effectué.

Ces critères peuvent inclure, *inter alia* : qualité, aspects techniques, caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, aspects sociaux ou environnementaux, organisation, qualification, expérience. Il est important de souligner que les critères d'attribution ne doivent pas accorder une liberté de choix illimitée à l'autorité et doit spécifier aussi le poids qui leur est attribué.¹⁰⁹

En conclusion, bien que ce travail ne poursuive l'objectif d'étudier dans le détail les Directives en matière de marchés publics, il convient cependant d'analyser d'où découlent les principes en matière de marchés publics et dans quelle mesure ceux-ci ont contribué à régler les concessions avant que la Directive 2014/23/UE ne soit adoptée et comment ils continuent à les régler en ce qui concerne les procédures applicables et la durée limitée.

En conséquence, il faut aborder la question de savoir si la Directive 2014/23/UE¹¹⁰ est applicable aux services auxquels on fait référence dans ce travail. Effectivement, si elle n'était pas applicable aux activités offertes sur le domaine public, elles resteraient, d'une part soumises à l'application des principes en matière de marchés publics, à l'application de la Directive 2006/123/CE de l'autre.

On peut dès lors observer une sorte de parallélisme : si, comme cela a déjà été spécifié ci-dessus, la Directive 2006/123/CE n'était pas applicable, l'obligation d'introduire une procédure de sélection afin d'attribuer les concessions en question dériverait des principes généraux, d'une façon identique si la Directive 2014/23/UE

¹⁰⁶ Article 42.

¹⁰⁷ Article 48

¹⁰⁸ Article 67

¹⁰⁹ *ibid.*

¹¹⁰ Sur la Directive « Concessions », *inter alia*, R. Craven, "The EU's 2014 Concessions Directive", PPLR, 4/2014; M. Burnett, "The New European Directive on the Award of Concessions Contracts - Promoting Value for Money in PPP Contracts?", EPPPL 2/2014; C. H. Bovis, "Highlight of the EU Procurement Reform: The New Directive on Concessions Contracts", EPPPL 1/2014.

n'était pas applicable, la même obligation découlerait tant de la Directive « Services » que des principes généraux.

A l'inverse, si cette Directive était applicable, il faudrait en suivre les normes afin de régler les services offerts sur le domaine public. En effet, s'il est vrai que si la Directive se montre plutôt flexible, il est tout aussi avéré que la règle générale veut que les concessions soient attribuées avec une procédure de sélection non-discriminatoire.

En conséquence, d'un point de vue très pratique, on pourrait arguer du fait que rien ne changerait, puisque subsisterait toujours une obligation de transparence, de non-discrimination, de publicité et, surtout, de mise en concurrence. Comme il a été déjà remarqué plus haut, la nécessité d'une harmonisation des contrats de concession de service était connue de longue date. Toutefois, un texte législatif capable de considérer que les Etats Membres auraient du attribuer tout type de concession par une procédure sélective non-discriminatoire, semblait difficile à adopter.

En effet, les concessions de service représentaient un des derniers sanctuaires de la main manifeste de l'Etat. En outre, comme cela a déjà mentionné, il arrivait très souvent que les Etats maquillent des contrats publics en contrats de concession afin d'échapper à l'application du droit de l'Union Européenne. C'est pour cette raison que la Cour de Justice, comme cela viens d'être observé, a entamé le démantèlement du temple sacré des concessions de services en déclarant que les principes en matière de marchés publics devaient s'appliquer afin de garantir le respect de la Liberté d'Etablissement et de la Libre Circulation des Services.

Aussi, n'est-il pas malaisé de comprendre pourquoi s'imposait la nécessité de l'adoption d'une Directive sectorielle sur l'attribution des contrats de concession. Un manque de règles précises en matière des concessions ne peut qu'alimenter une insécurité juridique empêchant la libre circulation des services et la concurrence.¹¹¹ Selon la Directive, les Etats Membres sont malgré tout libres, dans le respect de Traités, d'organiser la manière dont ils optent pour les services d'intérêt économique général.¹¹² La Directive demande une coordination minimale et flexible des procédures nationales pour l'attribution des contrats de concession, à la lumière des principes généraux et de la mise en concurrence.

L'adoption de cette Directive se révélait nécessaire afin de donner effectivité aux principes en matière de marchés publics contenus dans les Traités et dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Le considérant 67 de la Directive, par exemple, précise que les caractéristiques techniques devraient être insérées dans les documents de l'offre et respecter les principes d'égalité et de transparence.

Elles garantissent que la flexibilité accordée aux autorités pour choisir et conduire une procédure de sélection du concessionnaire sera contrebalancée par le

¹¹¹Considérant 1.

¹¹²Considérant 6.

respect des principes de transparence, d'égalité. Ce point se révèle capital pendant la phase d'attribution, où il existe des garanties, minimales cependant.¹¹³

Les principes d'égalité et de transparence demandent aussi que le concessionnaire ne soit pas substitué par un autre opérateur économique sans qu'une nouvelle procédure ne soit pas ouverte.¹¹⁴L'art. 3 déclare que les autorités traitent les opérateurs de manière identique, c'est-à-dire, non-discriminatoire, en opérant avec transparence et proportionnalité.

L'art. 26, en outre, en empruntant à la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de Liberté d'Etablissement et Libre Circulation des Services, spécifie que les opérateurs établis ne peuvent pas se voir refuser une autorisation au seul motif que, selon le droit national, ils devraient posséder une forme juridique particulière.

Le principe de non-discrimination est également cité dans l'article 30, d'où il ressort que, même dans le respect de l'approche minimale de la Directive, les autorités doivent respecter, en adoptant leur propre procédure, les principes contenus dans l'art. 3 et ne doivent fournir aucune information qui pourrait conférer un avantage à certains des candidats ou des offreurs. L'art. 41, qui discipline les critères d'attribution, établit que les concessions doivent être attribuées à la lumière des critères objectifs respectueux des principes de l'art. 3 et d'une concurrence effective.

En effet, il ne revient pas aux offreurs ou aux candidats potentiels, mais à l'autorité publique de devoir acquérir un avantage. Et plus, afin de ne pas violer le principe de non-discrimination, le même article dispose que les critères d'attribution ne doivent pas être hors d'objet de la concession, c'est-à-dire ne doivent pas conférer une liberté illimitée à l'autorité.

Le principe de publicité est repris dans le considérant 50, lequel déclare qu'afin de garantir une publicité adéquate des concessions au seuil requis, celles-ci doivent être publiées au niveau européen.

En ce qui concerne le principe de transparence, il convient de préciser qu'il représente un outil complémentaire, avec le principe d'égalité, pour combattre les fraudes, les favoritismes et la corruption. Dans ce cas, on observe que la ratio est la même que dans les marchés publics, où l'on doit éviter que l'autorité ne fasse prévaloir des considérations étrangères à l'économie.¹¹⁵Le principe de transparence démontre également son importance en matière de caractéristiques techniques : celles-ci doivent toujours figurer dans les documents et ne pas entraver la concurrence.¹¹⁶

Enfin, le principe de concurrence qui, comme l'a argumenté la littérature¹¹⁷, serait le principe général fondamental à la lumière duquel on ne doit pas seulement interpréter les règles en matière de marchés publics et concessions, mais aussi résoudre toutes les situations ambiguës, c'est-à-dire *in dubio pro concurrentia*, sert

¹¹³Considérant 68

¹¹⁴Considérant 77

¹¹⁵Considérant 61

¹¹⁶Considérant 67

¹¹⁷ A. Sanchez-Graells, *Public Procurement and Competition Rules*, Hart Publishing, 2011

de socle à la Directive. Le principe de concurrence se reflète également dans cette nécessité que la concession ait une durée limitée, afin de ne pas empêcher l'accès au marché et de ne pas obstruer le processus de la concurrence.¹¹⁸

Quant aux procédures de sélection et d'attribution, la Directive « Concessions » ne se montre pas trop spécifique. La raison en est simple : elle exerce une fonction de coordination, en donnant aux Etats Membres, un degré de flexibilité dans l'organisation des procédures¹¹⁹, à condition que les principes généraux soient respectés.

Les critères de sélection ne doivent pas être discriminatoires, disproportionnés, inégaux ou destinés à entraver l'accès aux concessions. Ces critères doivent, donc, être mentionnés dans l'offre et, ainsi ne concerner que la seule capacité technique et professionnelle, financière, économique et ne pas aller hors de l'objet du contrat.¹²⁰

Pour ce qui touche à la phase d'attribution, il faut spécifier que les autorités doivent évaluer les offres à la lumière d'un ou plusieurs critères d'attribution, lesquels doivent respecter des normes générales. Ensuite, ils doivent aussi être communiqués par avance aux candidats ou offreurs potentiels, ils ne doivent pas aller hors d'objet ni conférer aux autorités une liberté de choix illimitée, puisqu'ils doivent favoriser une concurrence effective. Enfin, il importe également de préciser que les autorités ont l'obligation de communiquer l'attribution aux autres offreurs et de leur spécifier pour quelles raisons la concession ne leur a pas été attribuée.

En ce qui concerne l'applicabilité de cette directive aux services offerts sur le domaine public, il faut examiner trois points : la définition de concession, et, en particulier, de concession de services ; les seuils d'applicabilité et, pour finir, le concept de situation liée au domaine public.

D'abord, il faut préciser que la définition de concession est contenue dans le considérant 11 qui spécifie qu'il s'agit de contrats grâce auxquels les autorités confèrent aux privés la fourniture des services. Ces contrats ont pour objet l'acquisition des services à travers une concession dont la rémunération réside dans la gestion du service ou dans la gestion plus un paiement. Par ailleurs, au considérant 18, elle précise que la caractéristique essentielle d'un contrat de concession, c'est-à-dire le droit de gestion d'un service, implique toujours un transfert du risque opératif au concessionnaire.

Donc, sans aucun transfert de risque, il n'existera pas de différence entre une concession et les marchés publics.¹²¹ Un aspect supplétif à la définition de concession est la durée limitée, afin d'éviter des barrières à l'entrée et, donc, une concurrence restreinte ou même une restriction à la Liberté d'Etablissement ou à la Libre Circulation des Services. Effectivement, la durée de la concession doit permettre au concessionnaire de récupérer ses investissements avec un bénéfice économique supplémentaire.

¹¹⁸Considérant 52

¹¹⁹Considérant 68

¹²⁰Considérant 63

En conséquence, il conviendrait de s'interroger pour savoir si les services offerts sur le domaine public sont considérés comme des concessions par le droit de l'Union Européenne. Aucun problème lié au transfert des risques ne semble poser question. L'opérateur économique est, en effet, investi par le risque opératif.

D'une façon semblable, il apparaît qu'existent des problèmes, en ce qui concerne la durée limitée de ces concessions, comme, par exemple en Italie où, d'une part, avant la procédure d'infraction, il existait un mécanisme de renouvellement automatique et le droit du concessionnaire sortant à se voir préféré aux autres compétiteurs potentiels, et, d'autre part, même après la fermeture de la procédure d'infraction, le contexte législatif demeure très incomplet et fragmenté.

L'aspect problématique est lié, en premier lieu, au fait qu'au niveau du droit secondaire de l'Union Européenne, les concessions sont des contrats et, si les concessions examinées dans ce travail pouvaient être considérées comme des contrats, il n'en resterait pas moins que la Directive discipline les concessions de service, mais, néanmoins selon certaines législations nationales, il s'agit de concessions de biens.

Ainsi, l'objet de la concession ne serait pas le service, mais le bien. Par ailleurs, certains Etats Membres qualifient les situations étudiées ici d'autorisations ou de licences. En conséquence, la question à se poser serait la suivante : que sont-elles, au niveau du droit de l'Union ? Des concessions, des autorisations ou des licences ? A fortiori, il ne semblerait pas incorrect de les considérer comme des concessions hors du champ d'application de la Directive « Concessions ».

Cependant, si, d'un côté, pour la plupart des systèmes juridiques des Etats Membres, il ne s'agit pas de concessions de service puisque l'objet de la concession n'est pas un service mais un bien, d'un autre côté, au niveau du droit de l'Union Européenne, elles sont pourtant des services qui s'inscrivent dans le champ d'application des arts. 49 et 56 TFUE et, partant, de la Directive 2006/123/CE. Effectivement, les opérateurs économiques ne veulent pas obtenir un bien en soi, mais un bien destiné à fournir un service.

En outre, toujours en matière d'applicabilité de la Directive 2014/23/UE, il convient également de préciser que le considérant 15 affirme que tous les accords ayant pour objet le droit d'un opérateur d'exploiter des biens ou des ressources du domaine public, soit en régime de droit privé soit de droit public, à l'exemple des terrains en particulier, dans le secteur des ports maritimes ou des aéroports, au sujet desquels l'Etat n'établit que les conditions d'utilisation sans acquérir de travaux ou de services, ne sont pas à considérer comme des concessions.

Tel est le cas, en règle générale, pour les contrats de location de biens ou de terrains de nature publique qui, habituellement, contiennent les termes réglant la possession, l'utilisation, les obligations, la durée, la restitution, les frais. Tout d'abord, ce considérant, même s'il n'est rien d'autre qu'un outil d'interprétation, semblerait exclure l'application de la Directive aux services offerts sur le domaine public.

¹²¹Considérant 18

Cependant, on pourrait argumenter que, dans ce cas, il n'est pas vrai que l'autorité n'acquiert aucun service.

Finalement, pour ce qui a trait aux seuils, qui font présumer la valeur transfrontalière de la concession, on pourrait affirmer que, si d'une part certaines d'entre elles pourraient échapper au champ d'application de la Directive au motif que leur valeur serait inférieure, il n'en irait pas de même d'autre part, pour toutes les concessions et on aboutirait alors à un scénario très fragmenté.

Dans la perspective de dresser un bilan, on pourrait soutenir que, si d'un côté la question relative au considérant 15 ou aux seuils ne constituerait aucun problème, d'un autre côté les concessions sont, selon la Directive, des contrats et par conséquent, dans la plupart des cas, les services offerts sur le domaine public ne sont pas des concessions. Toutefois, en pratique, cela ne change rien : ces dernières restent dans le champ d'application tant du droit primaire que de la Directive 2006/123/CE.

Deuxième Partie

Les services offerts sur le domaine public
entre une brève comparaison des
situations dans certaines Etats Membres
et une violation potentiel des normes en
matière d'aides d'Etat.

Une brève comparaison entre la situation italienne et celle d'autres Etats Membres

V. La situation italienne

En Italie, la situation des concessions domaniales se révèle très complexe. Tout d'abord, il faut mentionner la procédure d'infraction 2008/4908, à travers laquelle la Commission Européenne avait ouvert un des débats les plus controversés de l'histoire des systèmes juridiques italien et européen. En effet, tout commença quand une entreprise établie en Allemagne a dénoncé à la Commission l'incompatibilité du droit national et régional italien avec le droit de l'Union Européenne, c'est-à-dire l'incompatibilité de certaines normes du Code de la Navigation et de la loi 22/2006 de la Région Friuli Venezia Giulia avec l'art. 49 TFUE.

En particulier, l'art. 37(2) du Code mentionné ci-dessus prévoyait un droit de préférence du concessionnaire sortant et la loi régionale en question faisait référence à la possibilité du concessionnaire sortant de se voir préféré par rapport aux opérateurs économiques concurrents qui potentiellement pouvaient être intéressés.¹²² D'ailleurs, la Commission a affirmé que les dispositions contenues dans le Code de la Navigation et dans la loi régionale en question, pourtant non-discriminatoires puisqu'elles étaient applicables de manière identique aux entreprises nationales et non nationales, favorisaient les opérateurs économiques qui détenaient déjà la possibilité d'exercer leur activité économique. En outre, le droit de préférence aurait constitué une restriction à la liberté d'établissement, sous l'angle de la non-discrimination.

Concernant la possibilité de justifier le status quo en invoquant l'application de l'art. 51 TFUE, qui vise à exclure de l'application des normes du Traité consacrées à la liberté d'établissement toutes les activités relatives à l'exercice des pouvoirs publics, la Commission avait remarqué que cet article représente une dérogation à une liberté fondamentale et que dès lors il aurait du être interprété de manière restreinte.¹²³ En outre, pour ce qui est d'un possible invocation de l'art. 52 TFUE, c'est-à-dire des justifications en matière d'ordre public, sécurité publique ou santé

¹²²Selon l'art. 9(4), "*per la determinazione della più proficua utilizzazione della concessione, si provvede alla comparazione delle istanze concorrenti mediante il criterio dell'offerta più vantaggiosa, sulla base di almeno sei dei seguenti criteri scelti preventivamente e resi noti contestualmente alla pubblicazione dell'avviso di selezione: [...] g) trovarsi nella situazione di priorità indicata all'articolo 37, comma secondo, secondo periodo, del Codice della Navigazione, [...]*

¹²³ Arrêt C-114/97, Commission c Espagne, par 34, 35;

publique, la Commission a toujours affirmé que même les dérogations doivent être interprétées de manière restreinte.¹²⁴

Ensuite, si, d'un côté, l'Etat italien avait cherché à réformer le système juridique national avec l'adoption du décret-loi 194/2009¹²⁵ qui modifiait les dispositions censurées du Code de la Navigation et, en conséquence, la loi 25/2010¹²⁶, d'un autre côté, cette loi renvoyait à l'art. 1(2) du décret-loi 400/1993¹²⁷, à savoir au mécanisme du renouvellement automatique. Effectivement, comme le relevait la Commission, l'Etat italien ne violait pas seulement le droit primaire de l'Union, mais également la Directive 2006/123/CE.¹²⁸

Néanmoins, lorsque de nombreuses revendications se manifestèrent dans tout le secteur des plagistes, l'Etat italien décida d'adopter une solution temporaire¹²⁹ : en effet, comme cela a été déjà dit, le décret-loi avait abrogé le droit de préférence et, dans le même temps, prorogeait les titres de concession jusqu'au 31 décembre 2015 et par la suite, avec l'adoption du décret loi 179/2012 et de la loi 221/2012¹³⁰, les concessions ont été prorogées jusqu'au 31 décembre 2020.

Cependant, il y a lieu de rappeler que la procédure d'infraction avait été fermée le 27 décembre 2012, à cause de l'adoption de la loi 217/2011¹³¹ qu'abrogeait le mécanisme de renouvellement automatique et en raison de l'engagement du gouvernement italien à réordonner la discipline.

Pour ce qui a trait aux biens du domaine public, il convient donc de considérer la Constitution, le Code Civil et, comme cela a déjà été mentionné ci-dessus, le Code de la Navigation et, ainsi, de nombreuses lois spécifiques au niveau de l'Etat. D'ailleurs, d'un point de vue hiérarchique, prime en premier lieu l'art. 42 de la Constitution¹³², dans lequel le législateur fait référence à l'existence d'une propriété publique et d'une propriété privée.

Toujours parmi les sources de nature constitutionnelle, il faut également mentionner l'art 117 de la Constitution, qui discipline les compétences législatives de

¹²⁴ *Ibid.* par. 15

¹²⁵ Décret-loi de 30 décembre 2009, n. 194, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, GURI del 30 dicembre 2009, n. 302;

¹²⁶ Loi 26 février 2010, n. 25, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative", GURI n. 48 del 27 febbraio 2010, suppl. 39;

¹²⁷ L'article 1(2), disait: "*Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84.*

¹²⁸ Directive implementée par le décret-législatif 59 /2010 et par les dispositions régionales.

¹²⁹ A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali*, Aracne

¹³⁰ art. 34-duodecies

¹³¹ Loi 15 décembre 2011, n. 217 (LeggeComunitaria 2011)

¹³² L'art. 42 de la Constitution: "*La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo,*

l'Etat et des Régions, en affirmant qu'elles doivent être exercées dans le respect aussi bien de la Constitution que du droit de l'Union Européenne, et l'art. 118 qui prévoit que les fonctions administratives seront exercées par les communes.

Ensuite, il y a la discipline contenue dans le Code Civil, à savoir dans les articles 822-830. La caractéristique commune à ces biens, qui se différencient entre biens appartenant soit au patrimoine disponible soit au patrimoine indisponible, tient au fait qu'ils appartenaient auparavant à l'Etat et que dorénavant ils appartiennent aux régions, grâce à la réforme, même si cette dernière n'est pas encore implémentée, en matière de fédéralisme domaniale. En outre, dans le système des sources juridiques, il faut indiquer le Code de la Navigation dont l'art. 28 renferme la liste des biens appartenant au domaine public maritime.

D'ailleurs, en ce qui concerne la législation nationale, il faut signaler le décret législatif 112/1998 qui confère les fonctions administratives aux Régions. Ensuite, avec l'adoption de la loi constitutionnelle 3/2001¹³³, et donc avec la réforme constitutionnelle, s'est opérée une profonde redistribution des compétences entre l'Etat et les Régions. Par ailleurs, en matière de domaine public maritime, les fonctions administratives appartiennent aux Régions et avaient été déléguées aux communes. Néanmoins, il faut rappeler que, comme il a déjà été remarqué plus haut, la réforme du fédéralisme domaniale, c'est-à-dire de la loi délégante 42/2009¹³⁴ puis du décret législatif 85/2010¹³⁵, comportera le transfert *ope legis* de la propriété des biens domaniaux directement aux Régions.

De plus, le non-respect du droit de l'Union Européenne par la législation nationale a été souligné aussi dans de nombreux arrêts de la Cour Constitutionnelle¹³⁶ et du Conseil d'Etat¹³⁷, lesquels ont toujours mis en avant la nécessité que l'attribution des concessions domaniales maritimes respecte le droit de l'Union Européenne, c'est-à-dire les principes généraux en matière de marchés publics, la Liberté d'Etablissement et la Directive 2006/123/CE.

Effectivement, les deux jurisprudences ont soutenu l'urgence d'introduire une procédure de sélection publique. D'ailleurs, cette nécessité ne découle pas seulement du droit européen, mais aussi directement de la Constitution.

Toutefois, alors qu'il devienne de plus en plus évident que le législateur italien devrait opérer une réforme totale de la législation du secteur et engager une procédure de sélection afin de choisir parmi plusieurs candidats concurrents, certains hommes politiques et les associations de plagistes ont proposé des solutions : soit

espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

¹³³ Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, GURI, n. 248 del 24 ottobre 2001

¹³⁴ Legge 5 maggio 2009, n. 42, delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, GURI 103 del 6.5. 2009

¹³⁵ Décret-loi 28 maggio 2010, n. 85 attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42, GURI n. 134 dell' 11.6.2010;

¹³⁶ Arrêt 213/2011; Arrêt 233/2010; 180/2010; 340/2010

¹³⁷ Arrêts 525/2013; 6682/2012

d'introduire un droit de superficie en faveur des concessionnaires, soit de privatiser la part des espaces domaniaux dotés d'infrastructures et de les vendre aux opérateurs économiques en leur donnant un droit de prélation pour les espaces restants.

Evidemment ce ne sont pas des solutions viables, puisque non respectueuses du droit de l'Union Européenne. Il ne reste plus qu'à attendre la décision du législateur.

VI. La situation au Portugal, en Croatie, en France et en Espagne

a) Portugal

La loi 54/2005 sur la propriété des ressources hydriques¹³⁸ précise que le domaine hydrique comprend le domaine maritime, le domaine lacustre et le domaine fluvial et, ensuite, que la propriété appartient à l'Etat. Le domaine maritime constitue ainsi l'espèce du genre « domaine hydrique ». ¹³⁹ La législation portugaise, produit d'une stratification normative et de réformes, cherchait peut-être à prévenir des situations de conflit entre le droit national et le droit européen, à l'instar de l'exemple italien, digne d'intérêt tant du point de vue des procédures de sélection et d'attribution que de celui de la durée des titres.

D'abord, il faut préciser que les normes servant de points de repères sont la loi 44/2012¹⁴⁰ modifiant pour la sixième fois l'ancien décret-loi 226-A/2007¹⁴¹ et la loi 17/2014¹⁴², qui établit les aspects basilaires de la politique de gestion de l'espace maritime portugais et que modifie la loi 58/2005¹⁴³ sur les ressources hydriques, le décret-loi 130/2012¹⁴⁴ et les dispositions normatives du décret-loi 226-A/2007 qui se différencient de cette loi.

D'ailleurs, l'art. 16 de la loi 17/2014 autorise l'utilisation privative de l'espace maritime national. L'art. 17 déclare que cette utilisation privative peut être consentie soit par concession, soit par licence, soit par autorisation. Le même article prévoit aussi que du titre vient l'obligation pour l'opérateur économique de maintenir les espaces.

¹³⁸ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1377A0023&nid=1377&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nverso=

¹³⁹ F. Di Lascio, "La Concessione di Spiaggia in Altri Ordinamenti", in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011.

¹⁴⁰ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1787&tabela=leis

¹⁴¹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1379&tabela=leis

¹⁴² http://faolex.fao.org/cgi-bin/faolex.exe?rec_id=132792&database=faolex&search_type=link&table=result&lang=eng&format_name=@ERALL

¹⁴³ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1191&tabela=leis

¹⁴⁴ <http://www.icnf.pt/portal/icnf/legisl/legislacao/2012/decreto-lei-n.o-130-2012-de-22-de-junho-d.-r.-n.o-120-serie-i>

L'art. 19 définit comme utilisations privatives celles qui nécessitent une concession et qui comportent une utilisation prolongée, c'est-à-dire pas moins de douze mois. Ces concessions peuvent durer cinquante années au maximum. Par contre, l'art. 20 discipline que toutes les utilisations privatives qui comportent une durée temporaire sont octroyées par licence, pour vingt-cinq années au maximum. L'art. 21 précise que toutes les utilisations privatives qui comportent une activité commerciale ou des projets d'innovation sont octroyées par autorisation.

Il faut ajouter que celles désignées comme concessions domaniales en Italie sont considérées comme des licences pour le système juridique portugais, dont la durée ne peut être supérieure à vingt-cinq années. Dans l'art. 21(1) (c) du décret-loi 226-A/2007, modifié par la loi 44/2012, on observe que les installations de services de plage sur le domaine public sont des licences qui doivent être attribués à travers une procédure de sélection ouverte.

Si l'attribution commence par une initiative publique, l'autorité, en publiant un avis avec les termes d'utilisation dans le journal officiel, les caractéristiques principales de la licence, les critères de sélection et d'attribution, doit inviter tous ceux qui peuvent être intéressés à présenter une offre sous trente jours.

Si, par contre, l'initiative vient du privé, il reviendra à l'opérateur économique de requérir la licence et ensuite à l'autorité de publier un avis. Tous les autres opérateurs potentiellement intéressés ont trente jours pour demander l'attribution ou pour s'y opposer. Expiré le délai sans aucune demande concurrente, on procédera au moyen de l'art. 20, avec la possibilité de renouveler le titre une seule fois et pour une année au maximum.

Si, au contraire, plusieurs demandes identiques sont faites, une procédure de sélection sera ouverte. Dans ce cas pourtant, le premier requérant aura un droit de prélation à condition qu'il choisisse de se conformer à l'offre la meilleure sélectionnée lors de la procédure ouverte. Toutefois, s'il n'y a pas de demandes, la licence sera attribuée à l'opérateur sortant. Cependant, l'opérateur qui communiquera à l'autorité, au plus tard dans la dernière année précédant l'expiration de la licence, l'intention de continuer à fournir le service, aura un droit de prélation, à condition qu'il accepte de se conformer aux conditions établies pendant la procédure. En ce qui concerne les critères de sélection et d'attribution, ils sont établis dans les avis.

En outre, l'art. 23(1)(e) spécifie qu'il ne s'agit que des installations et du fonctionnement des structures et services de plage mentionnés à l'art. 63(1) e (3) du décret, donc plus précisément, des points d'informations, du nettoyage des espaces, des déchets et des services commerciaux. Cela étant, comme il est précisé à l'art. 24 du décret, les concessions suivent les normes en matière de marchés publics et sont donc attribuées par une procédure de sélection ouverte.

b) Croatie

En Croatie, le domaine maritime est mentionné à l’art. 52 de la Constitution, lequel affirme que la mer, les plages et les îles sont d’intérêt public pour l’Etat et bénéficient d’une protection spéciale.¹⁴⁵ Par ailleurs, la situation croate mérite une attention particulière puisque, si on la compare à celle de l’Italie ou à celle d’autres Etats Membres, elle apparaît comme véritablement novatrice.

Le texte normatif principal s’appelle le *Maritime Domain and Sea Ports Act (no. 11/2002)*¹⁴⁶, qui prévoit que le domaine maritime puisse être soumis soit à une utilisation générale, soit à une utilisation spéciale, soit à une utilisation économique.

En ce qui concerne l’utilisation générale, elle poursuit l’objectif de satisfaire le droit des citoyens à utiliser le bien ; l’utilisation spéciale n’est quant à elle qu’une catégorie résiduelle, alors que l’utilisation économique vise à la valorisation des biens domaniaux à travers des activités économiques qui peuvent utiliser des structures déjà existantes ou de nouvelles.¹⁴⁷ D’ailleurs, tant l’utilisation spéciale que l’utilisation économique demande un titre afin de ne pas exclure la possibilité d’utilisation générale de l’espace domanial en question et de ne pas ruiner l’environnement.¹⁴⁸

Les typologies de concession qui sont disciplinées par la loi mentionnée ci-dessus sont octroyées pour une durée comprise entre 5 et 99 années, même si les concessions ayant pour objet l’exploitation économique du domaine maritime d’importance régionale doivent être octroyées par l’administration régionale pour une durée maximum de vingt années.

En outre, à condition que le concessionnaire le demande et que l’Etat l’autorise et, à condition que de nouveaux investissements le justifient, l’administration régionale peut augmenter la durée jusqu’à trente ans maximum.¹⁴⁹ Cependant, si ces concessions comportent la construction de structures d’importance nationale, il reviendra au gouvernement de les octroyer et leur durée ne pourra pas excéder 50 années.

En effet, la durée varie selon qu’il s’agit du gouvernement (50 années), de l’administration nationale (20 années), de la mairie (5 années) ou du gouvernement avec le consentement du parlement (99 années). Dans tous les cas de figure, il y a une obligation d’ouvrir une procédure de sélection et d’attribution.

En conséquence, la gestion et la protection du domaine maritime sont de la compétence de l’Etat qui opère directement ou indirectement.¹⁵⁰ La concession sert donc, d’outil au moyen duquel une partie déterminée du domaine public est exclue de l’utilisation publique et destinée à une utilisation économique privée. Les obligations du concessionnaire comportent, par exemple, l’entretien des

¹⁴⁵ F. Di Lascio, “La Concessione di Spiaggia in Altri Ordinamenti”, in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011.

¹⁴⁶ Maritime Domain and Sea Ports Act, I. 11/2002, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Croata 158/2003. L’article 3 énumère les biens qui appartiennent au domaine public maritime.

¹⁴⁷ Article 6

¹⁴⁸ Article 7

¹⁴⁹ Article 22

¹⁵⁰ Article 10

infrastructures sur les plages, les services de sécurité, l'accès aux handicapés et enfin le nettoyage de l'espace en question.

Par ailleurs, un des aspects les plus intéressants tient à ce que, selon l'art. 23 de la loi mentionnée ci-dessus, dans les cas où la concession est octroyée par une procédure de sélection, c'est-à-dire dans le cas des concessions destinées à l'utilisation économique, le résultat doit se fonder sur l'opinion d'un groupe d'experts choisis par des assemblées d'experts nommés par les administrations compétentes.

Donc, il incombera au groupe d'experts d'évaluer les offres présentées sur la base des critères d'attribution individués par l'art. 23 de la loi mentionnée précédemment. En ce qui concerne les critères de sélection, ces derniers sont contenus dans l'art. 17 : planification technique, capacité d'organisation, garanties financières pour réaliser le plan d'investissements présenté, impact sur l'environnement et la qualité des services fournis.

c) France

En France¹⁵¹, le domaine maritime est réglé par le *Code Général de la propriété des personnes publiques* (CGPPP)¹⁵², en particulier par les arts. L2111-4 et L2111-5. Le domaine public maritime naturel comprend le sol et le sous-sol entre la limite externe de la mer territoriale et la rivièrre de la mer, le sol et sous-sol des étangs salés en communication avec la mer, certains lacs salés, et les espaces dédiés à la satisfaction des besoins d'intérêt public. Les caractéristiques communes aux biens domaniaux sont énumérées dans l'art. L3111-2 ; inaliénabilité, imprescriptibilité et possibilité de faire l'objet d'une concession.

L'art. L2124-1, en outre, prévoit que la décision sur le type d'utilisation d'un espace domanial doit tenir compte de la vocation de ces espaces et des objectifs de conservation du littoral et des ressources biologiques. L'art. L2124-4, en outre, précise que l'accès aux plages et leur utilisation doit être libre et gratuit. Ce principe revêt une grande importance, qui plus est pour les concessions de plage.

De surcroît, dans le même article, on observe que les concessions sont attribuées et renouvelées par le biais d'une enquête publique¹⁵³ dans le respect du

¹⁵¹ Sur ce point, *inter alia*, F. Di Lascio, "La concessione di spiaggia in altri ordinamenti", in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011; Sul diritto della proprietà pubblica, AA.VV., *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2008, V ed., p. 20; AA.VV. *La codification du droit des propriétés des personnes publiques*, in AJDA, 2006, p. 1073 ss; C. Bergeal, *Les concessions de plage sont des délégations de service public*, in Revue française de droit administratif, 2000, 16; AA.VV., *Evolutions recentes du droit du littoral*, in AJDA, 2005, p. 354 ss.

¹⁵² http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D2DA410B0E753A751DD61C630B43E69.tpdjo13v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20150204

¹⁵³ Institut de participation typiquement français, dans le contexte de la *démocratie de proximité* dont à la loi 2002-276 est mise en œuvre chaque fois qu'un projet ou la construction d'une infrastructure comporte des risques, même potentiels, pour l'environnement ou pour la santé en général ou elle cause du contraste parmi des intérêts différents. A travers cette enquête, on informe le public sur l'action qu'on entend entreprendre en collectant des opinions, propositions, de sorte que l'administration en question possède tous les éléments nécessaires pour parvenir à une décision partagée. Sur ce point, *inter alia*, L. Casini, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2007, 1, pag. 176 ss. En outre, *inter alia*, AA.VV. *Information et participation du public*, in AJDA, 2006, 42, p. 2314 ss.

chapitre III du titre II du Code de l'Environnement. Les concessions sont attribuées en effet en priorité aux communes et aux associations de communes ou, si elles renoncent à leur droit de préférence, aux personnes juridiques publiques ou privées, dès qu'une procédure de sélection publique aura été ouverte et conclue. D'autre part, les éventuelles sous-concessions doivent également être publiées par le concessionnaire.

En conséquence, en France, les concessionnaires sont en règle générale les autorités publiques lesquelles attribuent en sous-concession, les mêmes espaces aux privés. Comme il est stipulé aux arts R2124-13 CGPPP, l'Etat peut conférer la gestion, l'exploitation et l'entretien des plages par concession. Le concessionnaire est donc autorisé à installer des infrastructures afin de fournir un service public. Pour autant, l'utilisation libre et gratuite des plages, la préservation des lieux et des ressources biologiques se doivent d'être garanties. Il y a lieu également de souligner que la durée des concessions ne peut pas excéder 12 ans.

Comme il a été déjà spécifié, le concessionnaire peut attribuer les espaces en question en sous-concession à travers de vraies conventions. Toutefois, le concessionnaire restera personnellement responsable vis-à-vis l'Etat et les tiers par rapport aux obligations de vigilance, dotations, conservation, nettoyage imposées par le contrat de concession. La durée des conventions d'exploitation, c'est-à-dire des sous-concessions, ne peut pas être supérieure par rapport à la concession.

En ce qui concerne l'attribution de concessions de plage, il importe d'examiner l'art. R2124-21. Lorsque le Préfet octroie ou renoue une concession, ou quand un privé la lui demande, il communiquera aux autorités qu'elles pourront exercer leur droit de préférence dans le délai de deux mois. Les communes et les associations de communes qui ont intention de l'exercer, auront six mois pour envoyer au Préfet tous les documents nécessaires mentionnés dans l'art. R2124-22. S'ensuivront une phase administrative et une enquête publique, comme expliqué dans les arts. R2124-26 et R2124-27.

Par contre, si les autorités publiques n'exercent pas leur droit de préférence, l'attribution de la concession doit se faire dans le respect de la procédure de l'art. 38 de la loi 93-122/1993.¹⁵⁴ Cet article discipline l'attribution par contrat d'une mission de service public de la part d'une personne juridique de droit public à une personne juridique publique ou privée, dont la rémunération est liée aux résultats d'exploitation du service.

Ainsi la procédure respecte-t-elle le principe de publicité en permettant que de nombreuses offres concurrentes puissent être présentées, dans le respect des conditions disposées par décret. L'autorité dresse une liste des candidats admis à présenter une offre après l'évaluation des garanties professionnelles et financières et de la capacité à assurer la continuité du service public et l'égalité parmi les usagers.

L'autorité adresse ensuite aux candidats, un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations et éventuellement les

¹⁵⁴<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

tarifs à appliquer aux usagers. Les offres sont puis librement négociées par l'autorité qui, pour finir, peut choisir le délégataire de service public.

Cependant, les candidats admis à présenter les offres doivent consigner au Préfet les documents mentionnés dans l'article R2124-22. Le projet choisi doit malgré tout passer par une phase administrative, une enquête publique et les avis à l'art. R2124-27. Ensuite, une fois l'enquête terminée, il revient au Préfet de se prononcer sur l'attribution de la concession.

A l'inverse, dans le cas où le concessionnaire est une administration publique, comme mentionné dans l'article R2124-31 CGPPP, et qu'elle décide de stipuler des conventions d'exploitation du domaine maritime, on fera référence à la procédure contenue dans les articles L1411-1 à L1411-10 et L1411-13 à L1411-18 du *Code Général des Collectivités territoriales* (CGCT).¹⁵⁵

L'art. L1411-1 CGCT indique la nature d'une délégation de service public¹⁵⁶, à savoir un contrat par lequel une personne juridique de droit public confère la gestion d'un service public au délégataire qui en a la responsabilité et dont la rémunération sera liée aux résultats d'exploitation du service.¹⁵⁷ Ces délégations sont pourtant soumises à une procédure de publicité pour permettre que plusieurs offres concurrentes soient présentées, toujours dans le respect du décret.¹⁵⁸ Ainsi la commission mentionnée par l'art. L1411-5 CGCT établit la liste des candidats à admettre pour la présentation d'une offre après que leurs garanties professionnelles et financières aient été évaluées.

¹⁵⁵http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D2DA410B0E753A751DD61C630B43E69.tpdjo13v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20150204

¹⁵⁶En matière de services publics, *inter alia*, B. Seiller, *Evolution de la conception française du service public et de son dualisme*, JCP A 2007, p. 2097; C. Coppoloni, *La conception française du service public, défaite ou conquête*, JCP A 2007, p. 2101; M. Korpenschiff, *Le financement des services d'intérêt économique général simplifié et sécurisé*, JCP A 2012, 2006; P. Cossalter, *La conception française de service public*; C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public*; B. Gerentes, *La délégation de service public*; D. Moreau, L. Richer, C. Delarc, *Les marchés de service public: un nouveau mode de gestion des services publics*. Les services publics sont attribués à une personne juridique de droit privé qui assume une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration publique, laquelle a des pouvoirs propres au secteur public pour fournir le service. Pour qualifier une activité de service public on tient compte de l'intérêt général de l'activité même, des conditions de sa création, de l'organisation, du fonctionnement, des obligations imposées et des mesures destinées à en vérifier le respect.

¹⁵⁷ La délégation est par contrat et en manière totale à une personne juridique de droit privé. Il s'agit quand-même d'un contrat *intuitu personae*. La rémunération provient des résultats de l'exploitation économique et le risque, comme pour toutes les concessions, est transféré au délégataire. Sur ce point, CE 1996, *Préfet des Bouches du-Rhone*, CE p. 137; CE 1999, *Synd.mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais*, AJDA 1999, p 714. Parmi la littérature, J.B. Auby, C. Maugué, *Les contrats de délégation se service public*, JCP G 1994 I, p 3743; J.C. Douence, *Les contrats de délégation de service public*, RFD adm. 1993, p. 941; E. Delacour, *Evolution de la délégation de service public depuis dix ans: Collectivités-Intercommunalité 2003*; Y. Delaire, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Lerrault, 2003; J. D. Dreyfus, *Le définition légale des délégations de service public*: AJDA 2002; C. de Aranjó, *Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la procédure de délégation de service public*, AJDA 2010, p. 690; D. Doldani, *La délégation de service public, son fonction, ses critères*, RFDA 2010, p. 114.

¹⁵⁸La jurisprudence a affirmé que l'attribution de service public n'est pas exclu du champ d'application du droit de la concurrence : CE 2007 *Sté sps Tarbes*, JCP A 2007, 2316. Sur ce point, G. Kafèche, *Secteur public et concurrence: la convergence des droits*, AJDA 2007, p. 2420.

Ensuite, l'autorité consigne à chacun candidat un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations, à l'exemple des tarifs pour les usagers. Les offres sont ainsi librement négociées par l'autorité qui, finalement, choisit le délégataire.

D'autre part, les conventions de délégation de service public doivent être de durée limitée.¹⁵⁹ On doit tenir en compte la nature et la quantité des investissements à réaliser et on ne pourra pas outrepasser la durée physiologique des amortissements des installations effectuées par le délégataire.¹⁶⁰

Dès que le concessionnaire aura établi la liste des candidats admis à présenter une offre, il examinera les garanties professionnelles et financières, la capacité à assurer l'accueil du public pendant la période d'exploitation et la préservation du domaine. Les projets de conventions sont soumis pour accord au Préfet, après signature par le concessionnaire.

Si le concessionnaire n'est pas une autorité et qu'il décide de stipuler une convention d'exploitation, il devra procéder dans le respect des principes de publicité, afin de permettre la présentation d'offres concurrentielles. L'exigence de publicité sera satisfaite par l'insertion d'une annonce dans les journaux locaux ou dans la presse du secteur.

Dans ce cas également, le concessionnaire dresse la liste des candidats admis à présenter une offre et il examinera leurs garanties professionnelles et financières, la capacité à assurer l'accueil du public pendant la période d'ouverture. Les offres sont librement négociées par le concessionnaire, lequel choisira le sous-concessionnaire.

En résumé, on pourrait affirmer qu'en France concessions domaniales et concessions de plage ne sont pas synonymes, dans la mesure où les concessions de plage sont des délégations de service public et, de fait, de vraies concessions.¹⁶¹ De plus, si pour les concessions domaniales il semble qu'il n'y ait pas de procédure de sélection¹⁶², il paraît clair que pour les concessions de plage la mise en concurrence doit être assurée.¹⁶³ D'un côté le principe de publicité se doit d'être respecté, alors qu'au niveau européen aucune publication n'est nécessaire.¹⁶⁴

d) Espagne

¹⁵⁹ Si la durée n'est pas limitée, la concession est illégitime: CAA Nantes, 27 juin, Cne de Contre: AJDA p. 820, nota di J.D. Dreyfus

¹⁶⁰ Une convention ne peut pas contenir de clauses qui faussent la concurrence: CE Synd. Prof. Des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainement AJDA 2003, p. 1150.

¹⁶¹ CE 2000 SARL Plage chez Joseph et Fed. Nationale des plages et restaurants n. 212100 e 212101, Lebon 282; CE 2005 M Tomarelli, Cne de Ramatuelle, req. 255987 e 256200, Lebon Y 875.

¹⁶² CE 2010, Ville de Paris c. Société Paris Tennis

¹⁶³ Trib. Const. 20 janvier 1993, n 92-316 DC, selon lequel la publicité a pour objectif de permettre un accès égal aux attributions des délégations de service public.

¹⁶⁴ CE 2011 Commune de Ramatuelle.

La situation espagnole mérite une attention particulière parce qu'elle est utilisée de façon erronée par des hommes politiques et par des associations de plagistes italiens pour donner la possibilité d'exclure les concessions de plage du champ d'application de la Directive 2006/123/CE.¹⁶⁵ Effectivement, ce que des hommes politiques et des associations d'entreprises disaient et disent encore c'est que l'Espagne aurait approuvé une réforme destinée à exclure ces concessions du champ d'application de la directive 2006/123/CE et à augmenter la durée des concessions pour une période très longue.

En fait, la réforme à laquelle on se réfère n'a rien à voir avec les concessions de plages.¹⁶⁶ Il s'agissait, en effet, de la nouvelle *Ley de Costas* 2013¹⁶⁷ destinée à régulariser la présence sur le domaine public de certains bâtiments privés, achetés auparavant par des citoyens espagnols et européens.¹⁶⁸

Cette loi a de fait prolongé la durée de ces concessions de trente ans à soixante-quinze ans en permettant ainsi aux propriétaires de les vendre, sous condition que ces derniers obtiennent une autorisation, et de les restaurer sous réserve qu'ils n'en augmentent pas le volume ou la superficie.

En conséquence, il ne s'agit pas d'entreprises actives dans le domaine des services balnéaires mais de particuliers qui avaient acheté ces immeubles devenus illégaux au motif qu'ils se trouvent sur le domaine public.

Il convient cependant d'aborder la question de la manière dont ces concessions sont attribuées et pour quelle durée. D'abord, il y a lieu de spécifier que le domaine maritime, c'est-à-dire les plages, la mer et les ressources naturelles, comme souligné par l'art. 132(2) de la Constitution de 1978, compte au nombre des biens du domaine public de l'Etat. La réglementation est pourtant attribuée à la loi. Cette disposition constitutionnelle, après avoir été mise en œuvre par l'ancienne loi 22/1988¹⁶⁹, a été

¹⁶⁵ Cependant dans le cas où, très hypothétiquement, la Directive "Services" ne serait pas applicable aux concessions de plage, celles-ci resteraient toujours dans le champ d'application des Traités et des principes en découlant. La Directive, en effet, n'ajoute rien de nouveau à la discipline en matière de liberté d'établissement et de libre circulation de services ; en outre, elle n'a rien fait si ce n'est codifier la jurisprudence de la cour de Justice de l'Union Européenne et, ainsi, spécifier ce qui était déjà contenu dans le droit primaire européen. Effectivement, en ce qui concerne la situation italienne, il faut se rappeler que la première lettre de mise en demeure affirmait que l'Italie avait commis une violation des Traités, dans la mesure où la Directive « Services » n'était pas encore entrée en vigueur. Ce n'est qu'avec la seconde lettre de mise en demeure que la Commission a contesté la violation de l'article 12 de la Directive 2006/123/CE.

¹⁶⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-880_en.htm

¹⁶⁷ <http://boe.es/boe/dias/2013/05/30/pdfs/BOE-A-2013-5670.pdf>

¹⁶⁸ E. Desentado Daroca, "La Reforma de la Ley de Costas por la Ley 2/2013: una solución adecuada al problema de los enclaves privados?" in *Revista de Administración Pública*, 193/2014.

¹⁶⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/1988/07/29/pdfs/A23386-23401.pdf>. Sur ce point, da F. Di Lascio, op. cit., *inter alia*, M. Jesùs Montoro Chenier, *La Ley de Costas. Un proyecto viable?* In *Civitas*, 1988, 58, p. 181 ss; P. Rodriguez Lòpez, *Playas y costas en el derecho espanol. A proposito de la Ley de Costas de 1988*, Bosch Editor, 2010; P. Rodriguez Lòpez, *Comentarios a la ley de costas: doctrina y jurisprudencia*, Dijusa International, 2003; AA.VV., *La Ley de Costas y su reglamento*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2000; J. Gonzales Salinas, *Régimen juridico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, 2000; J.R. Calero Rodriguez, *Régimen juridico de las costas espanolas*, Aranzadi, 1995; A. Moreno Cànoves, *Régimen juridico del litoral*, Tecnos, 1990; J.L. Meilà Gil, *El Concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de Lei de Costas*, in *Civitas*, 1989, 59.

implémentée par la nouvelle Ley de Costas du 2013, qui a été jugée trop permissive par rapport à la protection de l'environnement.

Par ailleurs, l'art. 3 de l'ancienne loi, comme modifié par la nouvelle, contient une liste des biens du domaine maritime-terrestre, alors que l'ancien art. 4 comporte d'autres biens considérés comme domaniaux.¹⁷⁰ D'ailleurs, même si ces biens appartiennent à l'Etat, les compétences de gestion sont exercées par les *Comunidades Autonomas*, en collaboration avec les entités locales.¹⁷¹ La loi prévoit trois utilisations différentes : utilisation publique, utilisation spéciale et occupation privative. Seules les dernières nécessitent un titre. Il faut encore souligner qu'en Espagne, les services touristiques amovibles n'exigent pas une concession, au contraire des activités inamovibles, mais une autorisation.

Aussi ne peut-on octroyer des concessions que pour les structures énumérées à l'art. 34(1), lesquelles peuvent faire l'objet d'une informative publique. En ce qui concerne les concessions, il revient à l'administration publique de décider de l'ouverture d'une procédure de sélection pendant laquelle les principes de publicité, objectivité, transparence, doivent être respectés.

Quant à la durée de l'autorisation, elle ne peut excéder quatre ans, alors que pour les concessions la durée doit être en rapport avec l'utilisation mais ne peut jamais excéder 75 années.

¹⁷⁰ Comme souligné par F. Di Lascio, op. cit., cfr. V. Manteca-Valdelande, *El dominio publico marítimo-terrestre: clasificación y definición de los bienes que lo integran*, in *Actualidad Administrativa*, 2002, 4; M. del Pino Rodríguez González, *El dominio público marítimo terrestre*, in J.V. González García (eds), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, 2005.

¹⁷¹ Arrêt de la Cour Constitutionnelle n. 149/1991. Sur ce point, L. Fajardo Spinola, *Coordinación de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa*, in *Revista de Administración Pública*, 1992, 128, p. 235 ss.

Une analyse à la lumière des normes en matière d'aides d'Etat.

VII. Aide d'Etat ?

La dernière partie de ce travail se propose d'examiner la relation entre les services offerts sur le domaine public et la discipline en matière d'aides d'Etat. Effectivement, il convient de se poser la question de savoir si la situation actuelle de ces services, c'est-à-dire l'absence totale d'une procédure de sélection publique, ou bien une exclusion des espaces domaniaux concernés du domaine public, peut représenter une violation des dispositions des aides d'Etat.

D'abord, avant d'observer dans les détails si les normes en matière d'aides d'Etat sont applicables aux services analysés, il faut rappeler les aspects essentiels dans le domaine des aides d'Etat. Comme il a été affirmé par la doctrine¹⁷² et reconnu par la jurisprudence elle-même¹⁷³, la notion d'aide prévoit qu'il y ait une intervention directe de la part de l'Etat ou à travers des ressources publiques. Donc, pour qu'on puisse considérer une mesure comme une aide d'Etat, il est nécessaire que l'Etat supporte des coûts financiers de sorte que ceux qui bénéficient de ces aides en retirent un avantage et, ainsi, une amélioration financière.

De plus, si on se réfère à des transactions commerciales, afin que les conditions constitutives des aides d'Etat soient satisfaites, on doit vérifier que l'entreprise bénéficiaire ait obtenu un avantage qu'elle n'aurait jamais pu obtenir sur le marché.¹⁷⁴ D'ailleurs, on peut parler d'aide, quand un bien est vendu à un prix réduit.¹⁷⁵ Ce qui importe c'est qu'il ait un avantage et que cet avantage soit déterminé par rapport à une référence nationale.¹⁷⁶

Il faut également différencier les situations qui sont des activités économiques, auxquelles il faut appliquer le principe de l'investisseur privé, des situations où l'Etat ou les entités publiques exercent les activités typiques d'une autorité publique.

Par ailleurs, il y a lieu également de mentionner le cas où l'Etat décide de créer une valeur patrimoniale à travers son propre pouvoir réglementaire. C'est le

¹⁷² C. Quigley, "EU State Aid and Policy", Hart Publishing, 2009;

¹⁷³ Arrêt 82/77, *Van Tiggele*, Conclusions AG Capotorti, [1978] 00025, par. 52; Arrêt C-241/94, *France c. Commission*, [1996] I 04551, par. 34; Arrêt C-280/00 *Altmark*, [2003] I 07747, par. 77; Arrêt C-172/03, *Haiser*, [2005] I 01627, par. 27; Arrêt C-237/04, *Enirisorse*, [2006] I 02243;

¹⁷⁴ C. Quigley, "EU State Aid and Policy", Hart Publishing, 2009;

¹⁷⁵ Arrêt 40/75, *Bertrand SA*, [1976] I 00001, par. 2; Arrêts Réunis 67, 68 70/85 *Vander Kooy*, [1988] I 00219, par. 28.

¹⁷⁶ Arrêt C-73/03, *Espagne c Commission*.

cas typique où l'Etat, en tant que régulateur, fabrique des infrastructures ou des biens qui seront possédés et exploités par des entreprises.

Dans ces situations, on évalue la présence de deux conditions fondamentales pour que l'on puisse parler d'avantage, c'est-à-dire de la présence d'une valeur économique et d'un transfert de ressources imputables directement ou indirectement à l'Etat¹⁷⁷, par exemple, quand l'Etat permet la commercialisation de quotas d'émission. Effectivement, le simple fait que ces quotas aient été rendus commerciables, créerait une valeur, même si intangible, créée par l'Etat et, de fait, une utilisation des ressources publiques.¹⁷⁸

Néanmoins, il convient d'analyser les conditions nécessaires pour qu'on puisse considérer comme une aide d'Etat le *status quo* des services offerts sur le domaine public, voire leur exclusion du domaine maritime et leur vente aux opérateurs économiques actuels. Comme cela a déjà été souligné, les deux premières conditions à satisfaire consistent en ce que l'aide vienne de la part de l'Etat et que des ressources publiques aient été utilisées. Ensuite, il faut aussi estimer si la mesure en question est sélective, et qu'elle confère dès lors un avantage aux bénéficiaires. Afin que cette dernière condition soit satisfaite, la mesure ne doit s'appliquer qu'à certaines entreprises ou certains secteurs. En effet, si elle devenait une mesure vraiment générale, il n'y aurait pas de sélectivité et donc pas d'avantage.

Ensuite, il faut aussi apprécier une éventuelle distorsion de la concurrence. La mesure en question, pour qu'elle soit considérée comme une aide d'Etat, doit empêcher la concurrence en favorisant certaines entreprises ou la production de certains biens ou services.

En effet, il n'est pas du tout nécessaire d'apporter de preuve tangible, mais seulement une analyse du marché du produit et du marché géographique. Lorsqu'il y aura, par exemple, une mesure renforçant la position d'une entreprise sur le marché européen, elle constituera, très probablement, une aide d'Etat.¹⁷⁹

Enfin, il existe une autre condition nécessaire, celle de l'effet sur le marché européen : il importe de remarquer que cet effet ne semble pas difficile de démontrer, dans la mesure où, par exemple, une éventuelle libéralisation d'une activité économique au niveau européen pourrait s'avérer suffisante pour indiquer un effet potentiel, voire réel de l'aide en question sur la concurrence et sur le commerce parmi les Etats Membres.¹⁸⁰

Effectivement, comme l'a stipulé un arrêt de la Cour de Justice renommé parmi les experts du secteur, il n'est pas nécessaire, afin de prouver l'effet de la mesure sur le commerce parmi les Etats Membres, de démontrer que le bénéficiaire de l'aide en question soit actif au niveau européen.¹⁸¹

¹⁷⁷ Arrêt C-431/07, *Bouygues Télécom SA*, [2009] I 02665;

¹⁷⁸ Arrêt T-233/04, *Pays Bas c Commission*, [2008] I 00591;

¹⁷⁹ Arrêt C-730/79, *Philip Morris*, [1980] I 02671;

¹⁸⁰ Quigley, note 172 ci-dessus.

¹⁸¹ Arrêt C-280/00 *Altmark*, [2003] I 07747;

En ce qui concerne les transactions commerciales, c'est-à-dire toutes les opérations qui comportent l'acquisition de biens et services ou investissements, le principe décisif a été souligné par l'Avocat Général Slynn¹⁸² : on ne peut parler d'aide d'Etat que si le bénéficiaire a obtenu un avantage qu'il n'aurait jamais obtenu sur le marché.

Ainsi, l'Avocat Général Jacobs, dans l'arrêt *Espagne c. Commission* a argumenté que les fonds qui étaient disponibles pour une entreprise, qu'en temps normal elle n'obtiendrait jamais d'un investisseur privé, doivent être considérés comme des aides, selon le principe mentionné ci-dessus de l'investisseur privé : dans le contexte des relations commerciales il est nécessaire d'établir si le bénéficiaire obtient un avantage économique qu'il n'aurait jamais obtenu à des conditions normales de marché.¹⁸³ Il faudrait donc une justification commerciale pour la transaction en question ; on doit, donc, s'assurer qu'un investisseur privé se comporterait d'une manière identique à celle de l'administration publique.

Pour ce qui touche par contre au rapport entre les aides d'Etat et les rémunérations contractuelles, il suffit que le bénéficiaire ait payé moins que ce qu'il aurait du payer, pour que l'on puisse parler d'aide d'Etat. Effectivement, lorsqu'on parle d'accords contractuels, on ne peut pas exclure a priori la présence d'aides d'Etat. Donc, le « signal d'alarme » correspond à l'obtention de résultats qui ne peuvent être obtenus sur le marché. Lorsqu'il semble que le bénéficiaire a payé l'entièreté du prix, l'aide d'Etat pourrait se vérifier dans la transaction elle-même pour savoir si le bénéfice n'avait pas pu être obtenu à des conditions normales de marché.

Lorsqu'il s'agit de fournir des biens ou des services, le signal d'alarme sera la vente à un prix inférieur par rapport au prix du marché, alors que s'il s'agit d'acheter des biens ou des services il s'agira du paiement à un prix supérieur au prix du marché. En outre, comme cela apparaîtra clairement ci-dessous, lorsque l'administration publique ouvre une procédure de sélection publique, la présence des éléments constitutifs d'aides d'Etat sera, quasi automatiquement, exclue.¹⁸⁴

Toutefois, en cas de vente de terrains ou immeubles publics, on prend en compte la *Communication sur les éléments d'aides d'Etat dans la vente de terrains et immeubles par les autorités publiques*.¹⁸⁵

Selon cette Communication, deux possibilités pourraient se présenter: la première selon laquelle le terrain ou l'immeuble est vendu grâce à une procédure de sélection publique bien publicisée, ouverte et inconditionnée qui s'apparente à une vente aux enchères, c'est-à-dire vendue au plus offrant ; cela exclurait l'éventualité même que les conditions constitutives d'aides d'Etat soient satisfaites, sous réserve préalable que chaque acheteur potentiel soit laissé libre d'acheter le terrain en question.

¹⁸² Arrêt C-84/82, *Allemagne c. Commission*, [1984] I-01451, par. 1501;

¹⁸³ Arrêt C-39/94, *SFEI c. La Poste*, [1996] I 03547;

¹⁸⁴ Arrêts Réunis T-116/01 e T-118/01 *European Ferries*, [2003] II 02957, par 118.

¹⁸⁵ *Commission Communication on State Aid Elements in sales of land and buildings by public authorities*, OJ C 209, 10/07/1997;

En ce qui concerne l'inconditionnalité, pourtant, il faut spécifier qu'elle ne manquera pas si, parmi les conditions de vente, existent des obligations spéciales en faveur de l'administration publique ou des citoyens et que tous les acheteurs potentiels soient capables de les respecter. La seconde possibilité, au contraire, concerne le fait que ce soit un estimateur professionnel chargé d'évaluer l'immeuble ou le terrain en question et que tout désavantage économique soit pris en compte.

Après avoir mentionné quelles sont les conditions pour qu'on puisse parler d'aides d'Etat, il faut indiquer les situations dans lesquelles les avantages peuvent être considérés comme compatibles avec le marché intérieur. La charge de la preuve en matière de justifications incombe à l'Etat Membre. Comme l'a déjà souligné la Cour de Justice, l'aide ne sera pas compatible avec le marché intérieur si une de ces conditions viole les principes généraux du droit européen, à l'instar par exemple du principe d'égalité.¹⁸⁶

L'art. 107(2) TFUE¹⁸⁷ discipline les cas dans lesquels une mesure sera certainement compatible ; l'art. 107(3) TFUE¹⁸⁸, pourtant, discipline les mesures qui peuvent être évaluées compatibles avec le marché intérieur. Par ailleurs, il est important aussi de ne pas oublier que la discipline en matière d'aides d'Etat ne peut pas contraster avec celle en matière de marché intérieur et de droit de la concurrence : cela se révèle évident en particulier dans le rapport entre les aides d'Etat et la Liberté d'Etablissement et la Libre Circulation de Services et dans le rapport entre les aides d'Etat et les articles 101 et 102 TFUE.

¹⁸⁶ Arrêt C-390/08, *Commission c. Luxembourg*, [2009] I 00082;

¹⁸⁷ L'art. 107(2)TFUE : Sont compatibles avec le marché intérieur: (a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits, (b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, (c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

¹⁸⁸ L'art. 107(3)TFUE; Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur:(a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,(b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre, (c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun, (d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun, (e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission.

C'est pour cette raison que la Commission n'a le droit d'autoriser aucune mesure qui comporte un avantage sans, vérifier au préalable que le bénéficiaire ne se trouve pas dans une position violant ces normes.¹⁸⁹

Par ailleurs, il importe également d'inventorier les politiques en matière d'aides d'Etat. On examine quel est le but de l'aide en question : celui de favoriser les investissements dans une dite Région, d'avantager les PMI, de supporter les politiques du monde du travail ou de la formation professionnelle, d'avantager le champ de la recherche et du développement, la protection de l'environnement ou la restructuration des entreprises en sérieuse difficulté. En outre, il faut aussi avoir à l'esprit qu'il existe des secteurs.

Les principes généraux en matière d'aides d'Etat demeurent ceux de ne pas concéder d'aides opératives, de vérifier que la mesure en question encourage véritablement, de s'assurer que l'avantage en question représente une étape dans le processus pour parvenir à un intérêt européen reconnu et que l'aide soit nécessaire et proportionnée.

Après avoir noté les principaux aspects de la discipline en matière d'aides d'Etat, il importe de chercher à comprendre de quelle manière elle peut se révéler utile dans le champ des services offerts sur le domaine public. Les concessions examinées dans ce travail représentent en effet une particularité dans le panorama du droit européen. Effectivement, si elles ont pour objet des biens, ces biens, comme cela a déjà été souligné ci-dessus, sont appétibles d'un point de vue économique, en raison du fait que chaque opérateur économique potentiel aura la possibilité d'exercer sa propre activité économique, c'est-à-dire, de fournir un service.

En conséquence, il va falloir estimer si le *status quo*, c'est-à-dire le fait que les services qui sont examinés dans ce travail ne sont pas attribués, en Italie, à travers des procédures de sélection non-discriminatoires, peut comporter une violation des normes en matière d'aides d'Etat. De plus, a fortiori, on pourrait ajouter que, s'il est vrai qu'une absence de procédure sélective et respectueuse des principes en matière de marchés publics et de libertés fondamentales peut violer l'art. 107 TFUE, il s'avère également qu'une éventuelle réintroduction de mécanismes tels que le droit de préférence ou le renouvellement automatique pourrait conférer un avantage aux opérateurs économiques intéressés.

Par ailleurs, en ce qui touche à l'Italie, en raison du débat étendu au niveau national sur les concessions de plage, ont émergé deux propositions destinées à résoudre le problème de l'attribution de ces concessions en protégeant dans le même temps les concessionnaires sortants.

Pour ce qui concerne la première, il s'agissait d'exclure du domaine public les espaces sur lesquels il existe des infrastructures inamovibles et de les assigner, à prix réduit, avec droit d'option aux opérateurs économiques ; des espaces ou des structures amovibles qui ont été installés, auraient du être assignés, avec droit de préférence, aux mêmes opérateurs.

¹⁸⁹ Arrêts C-164/98, *DIR International Film SRL et autres c. Commission*, [2000] I-00447; Arrêt T-49/93, *SIDE c Commission*, [1995] II-02501.

Quant à la seconde, il s'agissait d'assigner les espaces sur lesquels des infrastructures fixes ont été construites à travers un droit de superficie aux opérateurs et les espaces dotés de structures amovibles auraient du leur être à travers un droit de prélation.

Ces hypothèses, qui violent pourtant les normes en matière de Liberté d'Etablissement et de Libre Circulation des Services et en violation des principes généraux en matière de marchés publics, pourraient comporter aussi une violation des normes en matière d'aides d'Etat, puisqu'elles constitueraient un véritable avantage ayant nature sélective avec pour résultat d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

La raison pour laquelle on est convaincu que tant le *status quo* qu'une éventuelle solution législative cherchant à réordonner la discipline en question qui ne prévoit pas l'introduction d'une procédure de sélection publique pourrait comporter une violation de l'art. 107 TFUE, est contenue dans la relation entre les marchés publics et les aides d'Etat.

En conséquence, les normes en matière de marchés publics visent à renforcer la concurrence et, ainsi, à minimiser le risque, toujours concrètement possible, de discriminations, lorsque le contrat doit être attribué par une autorité. Cela arrive parce que les autorités, à maintes reprises, n'agissent pas comme un consommateur privé, c'est-à-dire en minimisant les coûts et en maximisant la qualité et, par-là même, violent les normes en matière de concurrence.¹⁹⁰ En effet, si tel n'est pas le cas, cela signifierait conférer un avantage à l'entreprise qui fournit un bien ou un service.

Effectivement, il paraît évident¹⁹¹ que si le prix payé pour acheter des biens ou des services par une autorité publique est supérieur au prix du marché, il existe un risque très concret que l'entreprise en retire un avantage économique.¹⁹² La même situation se vérifierait si l'entité publique achetait de grandes quantités de biens ou de services dont elle n'a pas aucun besoin,¹⁹³ en créant, de fait, une demande artificielle pour ces biens et services.¹⁹⁴ Lorsqu'il existe des prix de marché auxquels comparer les prix effectivement versés ou lorsque la demande est totalement artificielle, il sera relativement facile d'évaluer une mesure nationale.¹⁹⁵

En réalité, un manque de possibilité de comparer une situation sans un marché de biens ou de services pourrait constituer un problème. En effet, dans un marché, les fournisseurs de biens et de services se feraient concurrence sur le prix

¹⁹⁰ A. Sánchez Graells, "Public Procurement and Competition Rules", Hart Publishing 2012.

¹⁹¹ P. Nicolaidis, S. Schoenmaekers, *Public procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship*, EPPPL 1/2014

¹⁹² Arrêt C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe* [2010] I-13083, par 34; Arrêt C-290/07 P, *Commission c Scott* [2010] I-07763, par. 68; Arrêt T-244/08, *Konsum Nord Ekonomisk Fiorening c Commission* [2011] ECR II-00444, par. 61. Décision de la Commission SA.33167; Décision de la Commission N 264/2002 London Underground Public Private Partnership.

¹⁹³ Arrêt T-14/96, *BAI c Commission* [1999] ECR II-139; Causa C-290/83, *Commission c. France* [1985] ECR 445; Arrêt C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo Spa c Presidenza del Consiglio dei Ministri* [2010] ECR I-05243

¹⁹⁴ Note 169

¹⁹⁵ *Ibid.*

et sur la qualité, alors que l'autorité publique, en agissant comme un consommateur, choisirait un produit qui, avec un prix inférieur, garantirait un meilleur résultat.¹⁹⁶

Comme l'a remarqué la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, ce qui définit, à la lumière de l'art. 107 TFUE, un avantage économique, serait le fait que ce bénéfice ne soit pas disponible à des conditions normales de marché.¹⁹⁷ Il est évident que toutes les fois où l'autorité ne se comporte pas comme un consommateur privé, l'entreprise va obtenir un avantage qui ne serait pas disponible à des conditions normales de marché.¹⁹⁸

En conclusion, si, d'un côté, le pouvoir public, afin que ses transactions commerciales ne soient pas attrapées par l'art. 107 TFUE, doit agir comme un consommateur privé, d'un autre côté, quand il doit agir dans le champ des marchés publics et doit donc acheter des biens et des services, il devra respecter le principe du consommateur privé en cherchant à maximiser la qualité et à minimiser le prix.

Toujours en matière de marchés publics, il existe trois situations dans lesquelles l'Etat n'agit pas comme un consommateur privé : quand il accepte de payer un prix majoré par rapport au prix nécessaire ; quand l'Etat exclut certains fournisseurs de la transaction ; quand l'Etat accepte des obligations contractuelles et qu'il est facile de prévoir que, une fois signé le contrat, le fournisseur en demandera un prix supérieur.¹⁹⁹

Il va de soi que le point-clé de la relation entre aides d'Etat et marchés publics se trouverait dans la seconde des situations mentionnées ci-dessus, c'est-à-dire dans ce cas où l'Etat confère un avantage économique à une entreprise en décidant, une fois exclus les concurrents, d'acheter biens ou services.²⁰⁰ C'est pour cette raison que les marchés publics et leur relation avec les aides d'Etat peuvent aider à mieux appréhender le rapport entre services offerts sur le domaine public et aides d'Etat.

En effet, s'il est vrai qu'on ne doit pas confondre les marchés publics, où l'Etat achète biens ou services, avec les concessions, il s'avère aussi que, même quand il y a des concessions, qu'elles soient ou non dans le champ d'application de la Directive « Concessions », attribuées sans aucune procédure de sélection publique, on pourra assister à un avantage en faveur de l'entreprise en question. Ce concept montrera toute sa pertinence quand on établira les services d'intérêt économique général.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Arrêt C-30/59, *Steenkolenmijnen c HA* [1961] ECR 19; Arrêt C-323/82, *Intermils c Commission* [1984] ECR 3809.

¹⁹⁸ Note 189 ci-dessus

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ En ce qui concerne la relation entre les marchés publics et les aides d'Etat, S. Schoenmaekers, W. Devroe, N. Philipsen (a cura di), "State Aid and Public procurement in the European Union", Intersentia, 2014. Et aussi A. SánchezGraells, *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?* 2012 (21) 6, PPLR; Et aussi : C.H Bovis, *Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Interest*, ERA Academy of European Law, 23-24 maggio 2011, www.era-comm.eu/dalaw/public_procurement_issues.html; Ou, A. Alexis, "Services publics et aides d'Etat", *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2002, p. 63.

En ce qui concerne les marchés publics, il apparaît d'ores et déjà évident que si les Directives sont respectées, il y aura une présomption simple que l'Etat a agi comme un consommateur privé. En effet, le respect d'une procédure ouverte, transparente et discriminatoire, fait assumer que le prix versé par l'autorité publique correspond au prix du marché et que, par conséquent, il n'existe aucun élément d'aide d'Etat. Néanmoins, il faut préciser également qu'un avantage économique peut se vérifier même si une sélection a été opérée parmi plusieurs candidats et pendant toutes ses phases.²⁰¹

Le moment le plus risqué d'une procédure de sélection reste, sans doute, la phase de sélection parce que c'est ici que les concurrents potentiels peuvent être exclus et, partant, que l'on peut assister à des effets restrictifs de la concurrence. En effet, plus haut sera le risque d'une exclusion non justifiée et plus grand sera celui que la procédure entière n'en devienne non véritablement concurrentielle et que l'entreprise sélectionnée reçoive un avantage économique sélectif.

S'y ajoute un autre aspect plutôt critique qui tiendrait à celui d'une publicité insuffisante, une éventuelle discrimination ou des limites de temps trop restreints pour la présentation des offres. Pour les contrats dans le champ d'application des Directives en matière de marchés publics, par exemple, les délais doivent être respectés.²⁰²

Point également délicat : la phase d'attribution. En effet, le problème reste toujours au niveau des choix de critères, afin que ceux-ci soient véritablement objectifs et ne visent pas au contraire à favoriser certaines entreprises, comme par exemple au niveau de l'obligation de ne pas modifier les critères après la publication des documents de l'appel d'offres et de l'obligation de ne pas exclure, de manière arbitraire, une offre ou un opérateur après l'ouverture des documents.²⁰³ Les critères d'attribution doivent être objectifs et le poids qui leur est attribué transparent.

En outre, même la phase d'implémentation du contrat en question peut présenter des aspects critiques : les biens et les services fournis doivent correspondre à ceux spécifiés dans les caractéristiques techniques. Le prix doit être identique par rapport au prix accordé. Tous les changements qui ne correspondent au critère de « circonstances imprévisibles » peuvent constituer un avantage sélectif en faveur de l'entreprise, spécialement quand le contrat est modifié afin d'inclure biens ou services qui peuvent être fournis à un prix inférieur par des offreurs qui ont été exclus.²⁰⁴

On peut donc assister à une exclusion discriminatoire dans les modalités les plus diverses et dans toutes les phases de la procédure de sélection. Néanmoins, comme l'a souligné la Cour de Justice dans l'arrêt *Altmark*²⁰⁵, il y a une présomption simple de non-violation des normes en matière d'aides d'Etat si une entreprise à

²⁰¹ Note 189 ci-dessus

²⁰² *ibid.*

²⁰³ *ibid.*

²⁰⁴ Arrêt T-540/10, *Espagne c Commission*

²⁰⁵ Arrêt C-280/00 *Altmark TransGmbH and Regierungspräsidium Magdeburg c Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747.

laquelle ont été attribuées des obligations de service public a été choisie avec une procédure de sélection permettant de choisir l'offreur capable de fournir les services en question à un prix optimal pour le public.

En effet, une procédure de sélection qui soit respectueuse des principes et des normes en matière de marchés publics sera fondamentalement compétitive, transparente et non discriminatoire ; en conséquence, l'entreprise choisie n'aura obtenu aucun avantage économique et il n'y aura eu par conséquent aucune mesure sélective.²⁰⁶

Si toutefois, d'un côté les anciennes directives en matière de marchés publics étaient problématiques dans ce sens qu'elles réglaient d'une façon trop détaillée et, par là même, moins optimale les marchés publics, il semble d'un autre côté que la réforme, en augmentant les marges de manœuvre des autorités, peut provoquer une augmentation des risques de résultats peu compétitifs et d'aides d'Etat. Comme on l'a déjà spécifié, les problématiques inhérentes aux directives mentionnées ci-dessus n'influent guère. Cela s'explique par le fait que, comme cela a déjà été remarqué, la Directive « Concessions » ne semble pas applicable à la plupart des situations concernant les services examinés dans ce travail.

S'il est vrai que les importantes marges de manœuvre assurées par ces directives n'excluent pas la présence d'avantages illégaux et incompatibles, il n'en est pas moins réel que, en ce qui concerne les concessions étudiées ici, le risque se révélera sûrement majeur, dans la mesure où seuls pourront s'appliquer les principes généraux découlant de la jurisprudence de la Cour de Justice. Il y a donc, risque accru qu'une procédure sélective viole les normes en matière d'aides d'Etat. Par contre, dans le cas où une sélection n'est même pas présente et où les concessions sont attribuées de manière non transparente et discriminatoire, il y aura assurément une violation des normes en matière d'aides d'Etat.

En conséquence, la question centrale sera de se demander si la procédure ou la non-procédure favorise une entreprise ou un secteur de production en lui conférant un avantage économique. En effet, si les conditions de l'art. 107 TFUE sont satisfaites, la procédure de sélection pourrait être incompatible.

En ce qui concerne les services offerts sur le domaine public, il faut rappeler que plusieurs sources juridiques demandent l'introduction d'une procédure transparente: en premier lieu, les arts. 49 et 56 TFUE et leur jurisprudence ; puis les arts. 12 et 13 de la Directive « Services », ainsi que les principes généraux.

En conséquence, une procédure de sélection qui favorise une entreprise ou un secteur d'entreprise pourrait déclencher l'application de l'art. 107 TFUE ; a fortiori, un manque total de procédure respectueuse des principes de non-discrimination, de transparence, d'égalité, de non-discrimination, de concurrence doit déclencher un examen attentif des conditions de l'art. 107 TFUE. Cela, à la lumière des effets trompeurs d'un tel comportement sur la concurrence.

Toutefois, si, d'un coté, il est vrai que, au moins en ce qui concerne les situations hors du champ d'application des Directives, il n'y a pas de véritable

²⁰⁶Note 189 ci-dessus.

obligation à lancer un appel d'offres de la part de l'autorité, à condition que les principes généraux soient respectés, il s'avère également que le respect de ces principes ne peut se réaliser sans procédure de sélection.

Dans les cas étudiés, il faut spécifier qu'un espace domanial, qui normalement n'a pas aucune valeur économique en soi, acquiert de la valeur à partir du moment où l'opérateur est déterminé à obtenir le terrain pour y exercer son activité économique. C'est donc à travers l'attribution même qu'un avantage économique sélectif est conféré. En ce qui concerne le commerce entre les Etats Membres, il convient de remarquer qu'il semble plutôt évident que ce soit entravé.

Ensuite, peut-on éteindre l'application des normes en matière d'aides d'Etat à travers l'application du règlement d'exemption générale²⁰⁷ ou du règlement *de minimis* ?²⁰⁸ Pour ce qui a trait au premier, certaines catégories d'aides peuvent être considérées compatibles²⁰⁹ avec le marché intérieur et par conséquent ne sont soumises à aucune notification.²¹⁰ La clé de compréhension pour savoir si ce règlement est applicable repose sur la définition des PMI.²¹¹

Certaines aides sont considérées comme permises.²¹² En conséquence, si les entreprises opérant sur le domaine public pouvaient entrer dans la définition de PMI, il faut préciser par ailleurs que l'attribution d'une concession ou d'une licence sans aucune procédure de sélection n'est pas répertoriée dans la liste des typologies d'aides autorisées, et de plus, à la condition qu'il s'agisse d'aides pour l'investissement ou pour le fonctionnement. Quant au second règlement, il y a lieu de préciser qu'il semble impossible que les seuils mentionnés soient respectés.

VIII. Service d'intérêt économique général ?

Une modalité ultérieure qui permettrait d'éteindre l'application de l'art. 107 TFUE consisterait dans l'application, quand il s'agit d'un service d'intérêt général, de l'art. 106(2) TFUE²¹³, à la lumière de la réforme.²¹⁴ Il faudrait s'interroger sur le fait de

²⁰⁷Règlement (UE) n ° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 187 du 26.6.2014, p. 1-78.

²⁰⁸Règlement (UE) n ° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 352 du 24.12.2013, p. 1-8.

²⁰⁹*Ibid* par 4

²¹⁰*Ibid.* par 6

²¹¹par 30

²¹²par 40

²¹³L'art. 106(2) TFUE affirme que: Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Sur les SIEG: "E. Szyszczak, J. Davies, M. Andenaes, T. Bekkedal (Eds), "Developments in Services of General Interest, 2011; J. L. Buendia Sierra, "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, OUP, 1999; E. Szyszczak, *Modernising State aid and the financing of SGEI*, JCL&P, 3:332,

savoir si les services offerts sur le domaine public peuvent être considérés comme des services d'intérêt économique général.

En ce qui concerne la définition du SIEG, la Commission a affirmé qu'il s'agit d'activités économiques qui produisent un résultat d'intérêt général qui ne serait pas fourni, ou le serait à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité, par le marché sans une intervention publique. L'obligation de service public est demandée au fournisseur par un acte d'attribution et sur la base d'un intérêt général assurant que le service sera fourni pour remplir sa mission.

En 2011, la Commission Européenne a adopté un paquet de mesures destinées à régler la relation entre le financement des SIEG et les aides d'Etat. Ces mesures, désignées globalement sous l'appellation de, « Paquet Almunia »²¹⁵, se composent de deux communications²¹⁶, d'une Décision²¹⁷ et d'un règlement de minimis²¹⁸ conjointement à un impact assessment²¹⁹ et a quality framework.²²⁰

Les nouvelles mesures, qui remplaçaient le paquet précédent nommé « Paquet Altmark-Monti-Kroes », visaient à clarifier les principes-clé en matière d'aides d'Etat et introduisaient une approche diversifiée et proportionnée, avec des règles plus simples pour les SIEG plus locaux ou de nature sociale, alors que les SIEG possédant un impact majeur bénéficiaient d'une ouverture optimale à la concurrence.²²¹ Cette réforme poursuivait l'objectif d'amener à un renouvellement

2012; J.L. Buendia Sierra, *Finding the right balance: state aid and services of general economic interest*, in Liber amicorum Francesco Santaolalla Gadea, EC Stati Aid Law, alphen a7d Rijn, Kluwer Law International; P. Nicolaidis, *The distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgement*, ECLR, 23 (2002); P. Nicolaidis, *Compensation for public service obligations: opening the floodgates of state aid?* ECLR, 24(2003); C. Bovis, *Financing Services of General economic interest in the EU: how do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?* ELJ 11 (2005).

²¹⁴ En ce qui concerne l'ancien paquet "Altmark-Monti-Kroes" et, donc, le nouvel paquet "Almunia": "E. Szyszczak, J.W. van de Gronden (a cura di), "Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization", Springer, 2013.

²¹⁵ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html

²¹⁶ Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général. Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO C 8 du 11.1.2012, p. 4-14.; Communication de la Commission — Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public (2011) Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO C 8 du 11.1.2012;

²¹⁷ Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [notifiée sous le numéro C(2011) 9380] Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 7 du 11.1.2012, p. 3-10.

²¹⁸ Règlement (UE) n ° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 114 du 26.4.2012.

²¹⁹ http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/cia_2011_en.htm#comp.

²²⁰ COM (2011) 900 Final Quality framework for SGEIs

²²¹ Communiqué de Presse de la Commission Européenne: "State Aid: Commission adopts new rules on services of general economic interest (SGEI) IP/11/1571, 20.12.11.

général, c'est-à-dire à une approche plus économique envers la réglementation du financement des SIEG.²²²

Une fois qu'un SIEG a été défini, la première étape à suivre en matière d'interaction entre aides d'Etat, SIEG et procédure de sélection est celle de vérifier si les conditions énumérées par l'arrêt *Altmark* sont satisfaites. Si c'est le cas, la mesure n'aura pas besoin d'être notifiée à la Commission. Ensuite, il faudra examiner la même mesure à la lumière de l'art. 106(2) TFUE, quand bien même il ne sera pas facile de le déclencher puisque toutes les exceptions doivent être interprétées de manière restreinte.

Cela étant, on peut remarquer la manière très pragmatique dont la Commission a réagi à l'arrêt *Altmark*. Effectivement, elle avait adopté le paquet de 2005, c'est-à-dire une Décision²²³ et un *Framework*²²⁴. En effet, s'il est vrai que la Commission n'aurait pu altérer les critères établis par la Cour de Justice dans l'arrêt *Altmark*, il s'avère également que demeurait cependant la possibilité de les interpréter de manière restreinte.²²⁵

La réforme du paquet « Altmark-Monti-Kroes » s'est réalisée dans un contexte de changements constitutionnels importants qui ont intéressé les SIEG, comme, par exemple, le fait que la politique en matière de concurrence a été initiée dans le Protocole 27, où elle a été absorbée par le principe du marché intérieur. S'ensuit le nouvel art. 14 TFUE selon lequel les SIEG apparaissent comme une responsabilité partagée entre les Etats Membres et l'UE et l'introduction d'une base juridique pour l'adoption de la législation européenne dans le champ des SIEG.²²⁶

En outre, les SIEG ont été mentionnés dans le Protocole 26, où une compétence des Etats Membres à réglementer les services d'intérêt non économique général a été reconnue. De surcroît, grâce au Traité de Lisbonne, la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne a obtenu force contraignante et note l'accès aux SIEG comme prévu par les législations nationales, bien que toujours dans le respect des Traités.

L'adoption du paquet « Almunia » a entraîné un nouvel test à suivre : en premier lieu, on évalue si la mesure en question est attrapée par le règlement de minimis.²²⁷ Si tel est le cas, la mesure en question ne sera pas une aide d'Etat. Par contre en cas inverse, on appliquera les critères d'Altmark, comme interprétés par la nouvelle Communication de la Commission. Si ces critères sont satisfaits, la mesure ne sera pas une aide d'Etat. Dans le cas contraire, on appliquera la nouvelle

²²² E. Szyszczak, J.W. van de Gronden (a cura di), "Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization", Springer, 2013

²²³ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [notifiée sous le numéro C(2005) 2673, JO L 327M du 5.12.2008.

²²⁴ Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, JO C 297 du 29.11.2005.

²²⁵ Note 220 ci-dessus

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Note 216 ci-dessus

Décision de la Commission afin d'évaluer si la mesure en question qui doit être considérée comme une aide d'Etat, est compatible avec le marché intérieur.

Finalement, si la mesure n'entre pas dans le champ d'application de la Décision, on appliquera le Framework ; si la mesure est comprise, bien qu'elle soit une aide d'Etat, elle sera considérée comme compatible avec le marché intérieur ; si ce n'est pas le cas, cela signifiera que la mesure ne sera pas attrapée par le paquet.

En ce qui concerne les services offerts sur le domaine public, peut-on tirer argument du fait que, une fois qu'ils sont considérés en tant que SIEG, ils peuvent satisfaire le test mentionné plus haut ?

En premier lieu, le règlement de minimis affirme qu'on ne peut pas qualifier d'aides d'Etat les aides conférées aux entreprises fournissant des SIEG, à condition que, par exemple, l'aide en question ne soit pas supérieure à 500.000 EUR en trois ans financiers. Evidemment, on se réfère à des aides liquides ou à celles qu'il est possible de calculer avec précision.

Dans le cas analysé par ce travail, l'aide sera l'attribution d'un bien sans aucune procédure de sélection ou, éventuellement, sans une procédure respectueuse des principes en matière de marchés publics, ou, encore, d'une extension de la durée de la concession. En conséquence, le concessionnaire obtiendra un avantage économique sélectif, c'est-à-dire le bien dont la valeur sera représentée par la valeur de l'activité économique que l'opérateur pourra exercer grâce au bien en question. Il ne semble pas possible en effet, que les situations mentionnées ci-dessus puissent rentrer dans le champ d'application du règlement de minimis.

La Communication de la Commission²²⁸ vise à clarifier la jurisprudence des Cours européennes et affirme que seuls les avantages sélectifs conférés de manière directe ou indirecte à travers des ressources publiques peuvent être considérés comme des aides d'Etat. En conséquence, en ce qui concerne les services analysés par ce travail, attribuer sans aucune procédure de sélection publique des licences, des autorisations ou des concessions ayant une valeur économique pour occuper le domaine public, peut comporter un transfert de ressources publiques et conférer ainsi un avantage aux bénéficiaires.²²⁹

Quant à l'effet sur le commerce entre les Etats Membres, la Communication rappelle que pour que l'on puisse parler d'aide, le marché en question doit être ouvert à la concurrence. Cette ouverture peut se produire grâce soit au droit national, soit au droit européen, ou soit encore au développement économique. Selon la Commission, on peut avoir un effet sur le commerce entre les Etats Membres même si le bénéficiaire n'est pas économiquement actif au niveau transfrontalier, étant

²²⁸Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO C 8 du 11.1.2012, p. 4-14.

²²⁹Arrêt C-462/99 Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c Telekom-Control-Kommission, and Mobilkom Austria AG [2003] ECR I-05197, par. 92 and 93; Arrêt T-475/04 Bouygues and Bouygues Télécom SA c Commission [2007] ECR II-02097, par. 101, 104, 105 et 111.

donné que, dans certains cas, les entreprises établies seront beaucoup moins nombreuses.²³⁰

D'autre part, en ce qui concerne le quatrième critère d'Altmark, il convient de préciser que, selon la Communication de la Commission, la manière la plus simple de le respecter est d'introduire une procédure de sélection publique transparente et non-discriminatoire, soit ouverte, soit restreinte, à condition que des opérateurs économiques ne soient pas exclus sans raisons valides.

Par contre, si une procédure de sélection n'a pas été adoptée, on peut utiliser comme critère de comparaison afin de décider la compensation due, une rémunération considérée comme acceptable par le marché. Au contraire, si cette rémunération de marché n'existait pas, on devrait analyser les coûts d'une entreprise typique et bien aménagée, capable de respecter les obligations de service public et qui tienne compte d'un profit raisonnable.

La Décision de la Commission, qui représente le troisième passage du test imposé par la Commission dans le paquet Almunia, établit les conditions auxquelles une mesure, bien qu'elle ait échappé à l'application de la Communication ci-dessus, peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur. En plus, cette décision n'est applicable que si la durée de la période pendant laquelle la mission de service public a été conférée n'excède pas dix ans.

Si la Décision n'est pas applicable, on peut utiliser le *Framework*, même si la mesure doit être notifiée. Il est intéressant d'observer que, selon le Framework, seules les aides conférées dans le respect des principes en matière de marchés publics peuvent être considérées comme compatibles avec l'art 106(2) et, partant, avec le marché intérieur. Dans tous les cas, l'aide ne doit pas aller au-delà du nécessaire pour couvrir les coûts soutenus destinés à fournir le service public, avec un profit raisonnable supplémentaire.

En manière de bilan, on pourrait dire que ni l'absence totale d'une procédure de sélection publique pour l'attribution des services offerts sur le domaine public, ni les solutions prospectées par les hommes politiques italiens ou par les associations d'entreprises ne sont neutres par rapport à la discipline en matière d'aides d'Etat, aussi bien à la lumière de l'art. 107 TFUE que de la discipline des SIEG, c'est-à-dire de l'arrêt Altmark et de l'art. 106(2) TFUE suivant l'interprétation du paquet Almunia.

La présence d'une procédure de sélection respectueuse des principes généraux crée ainsi une présomption simple d'absence d'aides d'Etat, soit dans le cas où l'activité n'est pas considérée comme un SIEG, soit dans le cas où elle l'est. En conséquence, à la question posée d'une obligation à introduire une procédure de sélection découlant du paquet Almunia lorsque les Etats doivent attribuer un SIEG, il faudra répondre par l'affirmative.²³¹ Cette obligation découlerait de la Communication

²³⁰Arrêt C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg c Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747

²³¹J.L. Buendia Sierra, *A turn of the screw*, <http://chillingcompetition.com/2012/03/14/a-turn-of-the-screw-ii-buendia-on-sgeis/>. L'auteur affirme que dans l'arrêt *Altmark* il y avait une incitation à introduire une procédure de sélection publique, mais pas une véritable obligation proprio. Si, toutefois, il y a une

elle-même²³² dans laquelle il est clairement souligné qu'attribuer des licences, des droits spéciaux ou exclusifs à l'occupation du domaine public peut comporter un transfert de ressources publiques et créer un avantage en faveur de bénéficiaires.²³³

De plus, dans le Framework, il apparaît également clair que, si la mesure en question ne supère pas les conditions de la Communication et de la Décision, mais respecte les principes en matière de marchés publics, elle sera considérée comme compatible avec le marché intérieur à la lumière de l'art 106(2) TFUE. En conséquence, il devient évident que la Commission exploite la relation entre marchés publics et aide d'Etat non seulement afin d'attirer les SIEG dans le champ d'application du droit européen, mais encore pour libéraliser certains services.²³⁴

En conclusion, comme on l'a déjà souligné dans les parties antérieures, l'obligation d'attribution par procédure de sélection découle des Traités et de la jurisprudence de la Cour de Justice, des principes généraux en matière de marchés publics, de la Directive 2006/123/CE. De surcroît, les normes doivent être interprétées à la lumière du principe de concurrence et du principe *in dubio pro concurrentia*.

obligation, au moins en ce qui concerne les SIEG ayant un impact majeur, il faudra observer dans le nouveau paquet comment il sera interprété.

²³² Par 33

²³³ Arrêt C-462/99 *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c Telekom-Control-Kommission, e Mobilkom Austria AG* [2003] ECR I-05197, par. 92 and 93; Arrêt T-475/04 *Bouygues and Bouygues Télécom SA c Commission* [2007] ECR II-02097, par. 101, 104, 105 and 111.

²³⁴ L.Buendia Sierra, in "E. Szyszczak, J.W. van de Gronden (eds), "Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization", Springer, 2013.

Conclusion

Ce travail s'est fixé pour objet d'examiner l'impact du droit primaire et secondaire, en particulier de la Directive 2006/123/CE, par ce qui paraît relever de sa fonction de marchés publics et de concessions, sur les services offerts sur le domaine public et attribués aux opérateurs économiques par concessions ou par autorisations. Il a également amené à examiner la situation normative dans certains des Etats Membres et enfin les implications éventuelles en matière de relation entre marchés publics et aides d'Etats comme en matière de SIEG.

On a argumenté que les services offerts sur le domaine public représentent encore une « zone grise » qui ne tombe pas dans le champ d'application de la Directive « Concessions » et qui, par conséquent, continuera à être intéressée par l'application des principes généraux découlant des Traités et de la jurisprudence de la Cour de Justice et soulignés par les Directives « Marchés Publics ».

Et encore, bien que ni les Traités ni la jurisprudence ne semblent introduire une obligation à faire un appel d'offres, on peut plaider qu'il revient aux articles 12 et 13 de la Directive 2006/123/CE, couplés aux principes généraux, de demander l'introduction d'une procédure de sélection publique et que la durée des concessions en question soit limitée.

Effectivement, un avis doit être publié par l'autorité publique, avec l'objet de la concession, la durée et les critères de sélection et d'attribution. Ensuite, un avis d'attribution devrait également être publié. En ce qui concerne la procédure à adopter, on peut en arriver à cette conclusion que tant une procédure ouverte qu'une procédure restreinte pourrait être utilisée, à condition que les critères choisis soient respectueux des principes généraux.

Bibliographie

AA.VV. *Information et participation du public*, in AJDA, 2006, 42

AA.VV. *La codification du droit des propriété des personnes publiques*, in AJDA, 2006

AA.VV., *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2008

AA.VV., *Evolutions recentes du droit du littoral*, in AJDA, 2005

AA.VV., *La Ley de Costas y su reglamento*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2000

Alexis, A. "Services publics et aides d'Etat", *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2002,

Auby, J.B., Maugué, C, *Les contrats de délégation se service public*, JCP G 1994 I

Barnard, C "The Substantive Law of the EU-The four freedoms", CUP, 2013

Barnard, C. Unraveling the Services Directive, CMLR (45) 2008

Bellesi, A., Nesi, E, Righi, R, Toselli, L, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali, Alla Ricerca di una Difficile Sintesi*, Aracne, 2013.

Bergeal, C *Les concessions de plage sont des délégations de service public*, in *Revue français de droit administratif*, 2000, 16

Boiteau, C. *Les conventions de délégation de service public* *Moniteur*, 2007

Bovis, C.H. *Financing Services of General economic interest in the EU: how do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?* ELJ 11 (2005)

Bovis, C.H. "Highlight of the EU Procurement Reform: The New Directive on Concessions Contracts", EPPPL 1/2014.

Bovis, C.H. *EU Public Procurement law*, 2013

Bovis, C.H. *Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Interest*, ERA Academy of European Law, 23-24 maggio 2011, www.era-comm.eu/dalaw/public_procurement_issues.html;

Brown, A. 'Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty', 2007 PPLR;

Buendia Sierra, J.L. "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, OUP, 1999;

Buendia Sierra, J.L. *A turn of the screw*, <http://chillingcompetition.com/2012/03/14/a-turn-of-the-screw-jl-buendia-on-sgeis/>

Buendia Sierra, J.L. *Finding the right balance: state aid and services of general economic interest*, in Liber amicorum Francesco Santaolalla Gadea, EC State Aid Law, Alphen a/d Rijn, Kluwer Law International

Caggiano, G., Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno, Studi sull'integrazione europea. Anno VII (2012), n. 2-3

Calero Rodríguez, J.R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, 1995

Casini, L. *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2007

Coppoloni, C *La conception française du service public, défaite ou conquête*, JCP A 2007

Craven, R “The EU’s 2014 Concessions Directive”, PPLR, 4/2014; M. Burnett, “The New European Directive on the Award of Concessions Contracts-Promoting Value for Money in PPP Contracts?”, EPPPL 2/2014;

D’Acunto, S *Direttiva Servizi (2006/123/CE): Genesi, Obiettivi, Contenuti*, (Giuffrè 2009);

de la Rosa, S., « L’écriture des libertés de circulation », in (dir.) E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, Bruylant, 2013

de Mars, S ‘The Limits of general principles: a procurement case study’ (2013) 38(3) Eur. L Rev

De Witte, A. ‘Setting the Scene: How did Services get to Bolkestein and Why?’, EUI Working Papers (2007) available at <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6929> accessed 20.11.2014

del Pino Rodríguez González, M., *El dominio público marítimo terrestre*, in J.V. González García (eds), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, 2005.

Delacour, E. *Evolution de la délégation de service public depuis dix ans: Collectivités-Intercommunalité 2003*;

Delaire, Y *La délégation des services publics locaux*, Berger-Lerrault, 2003;

Desentado Daroca, E. “La Reforma de la Ley de Costas por la Ley 2/2013: una solución adecuada al problema de los enclaves privados?” in *Revista de Administració Pública*, 193/2014

Di Lascio, F., “La Concessione di Spiaggia in Altri Ordinamenti”, in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011

Doldani, D *La délégation de service public, so fonction, ses critères*, RFDA 2010,

Douence, J.C. *Les contrats de délégation de service public*, RFD adm. 1993

Dreyfus, J.D. *Le définition légale des délégations de service public*: AJDA 2002;

Dreyfus, J.D., *Le définition légale des délégations de service public*: AJDA 2002

Fajardo Spinola, L. *Coordinacion de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa*, in *Revista de Administracion Publica*, 1992, 128,

Ferrari-Breeur C. (ed), *La Directive Services en principe(s) et en Pratique*, (Bruylant 2011)

Gerentes, B. *La délégation de service public Territorial*, 2007

Gonzales Salinas, J., *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, 2000

Hatzopoulos, V. *Regulating Services in the European Union*’(OUP 2012)

Kaflèche, G. *Secteur public et concurrence: la convergence des droits*, AJDA 2007

Korpenschiff, M *Le financement des services d’intérêt économique général simplifié et sécurisé*, JCP A 2012, 2006

Kostonis, T ‘The Nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: Lianakis V Dimos Alexandroupolis (C 532/06)’ (2008) 4 PPLR 128

Krugner, M ‘The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions’, (2003) 12 PPLR 181

Manteca-Valdelande, V. *El dominio publico marítimo-terrestre: clasificación y definición de los bienes que lo integran*, in *Actualidad Administrativa*, 2002, 4

Martucci, F., « situations purement internes et liberté de circulation, in (dir.) E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, Bruylant, 2013

McGovern, P 'Selection and Award Criteria: Clinton v Department for employment and Learning' (2012) 4 PPLR 215

Meilà Gil, J.L., *El Concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de Ley de Costas*, in *Civitas*, 1989, 59.

Montoro Chenier, M. Jesus, *La Ley de Costas. Un proyecto viable?* In *Civitas*, 1988, 58

Moreau, D, Richer, L. Delarc, C., *Les marchés de service public: un nouveau mode de gestion des services publics*

Moreno Cànoves, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, 1990

Nicolaides, P *Compensation for public service obligations: opening the floodgates of state aid?* ECLR, 24(2003);

Nicolaides, P, Schoenmaekers, S., *Public procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship*, EPPPL 1/2014

Nicolaides, P., *The distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgement*, ECLR, 23 (2002)

Quigley, C., "EU State Aid and Policy", Hart Publishing, 2009

Rodríguez Lòpez, P., *Comentarios a la ley de costas: doctrina y jurisprudencia*, Dijusa International, 2003

Rodríguez Lòpez, P., *Playas y costas en el derecho español. A proposito de la Ley de Costas de 1988*, Bosch Editor, 2010

Rossi, L.S., La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino, Giappichelli 2011

Rossi, L.S., Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE , in *Le scommesse dell'Europa, Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G Bronzini, F Guarriello, V Piccone, Roma 2009

Sánchez Graells, A. *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?* 2012 (21) 6, PPLR

Sanchez-Graells, A., *Public Procurement and Competition Rules*, Hart Publishing, 2011

Schoenmaekers, S., Devroe, W., Philipsen, N., (eds), "State Aid and Public procurement in the European Union", Intersentia, 2014

Seiller, B. *Evolution de la conception française du service public et de son dualisme*, JCP A 2007

Stelkens, U, Weiss, W and Mirschberger, M (eds), *The Implementation of the EU Services Directive* (Springer 2012)

Szyszczak, E, Davies, J., Andenaes, M, Bekkedal T., (Eds), "Developments in Services of General Interest, 2011

Szyszczak, E, van de Gronden J.W. (eds) "Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization", Springer, 2013

Szyszczak, E. *Modernising State aid and the financing of SGEI*, JCL&P, 3:332, 2012;

Treumer, S 'The distinction between selection and award criteria in EC public Procurement law- a rule without exception?' (2009) 3 PPLR 103

Treumer, S 'The Selection of qualified firms under EC Procurement Directives' (1998) 6 PPLR 147

Tridimas, T, The General Principles of EU Law, OUP, 2006

Usai, A. "Services Provided in Areas Belonging to the Public Domain: Caught Between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC", EPPPL 4/2014

Usai, A. 'Today's softness is tomorrow's nightmare: The Services Directive Between a Messing and Fragmented Integration and the Urgent Need to Complete the Single Market', Maastricht University School of Law Working Paper 3/2014, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2421262 accessed 20.11.2014

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
in cotutela con Università di Strasburgo

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO EUROPEO

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E

Settore Scientifico disciplinare: IUS/14

TITOLO TESI

Servizi offerti su spazi demaniali in concessione e diritto dell'Unione Europea

Presentata da: Dott. Andrea Usai

Coordinatore Dottorato

Prof.ssa Lucia Serena Rossi

Relatore

Prof.ssa Lucia Serena Rossi

Relatore

**Prof. Patrick Wachsmann
Prof. Francesco Martucci**

Esame finale anno 2015

Sommario

Introduzione	5
CAPITOLO PRIMO	10
Servizi offerti su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione tra Libertà di Stabilimento, Libera Prestazione di Servizi, Principi Generali e Carta dei Diritti Fondamentali UE.....	10
Introduzione	10
1.1 Libertà di Stabilimento o Libera Prestazione di Servizi?	13
1.2. Libertà di Stabilimento.....	15
1.3 Diritto di accesso.....	16
1.4. Diritto di esercizio	19
1.5 Diritto di accesso.....	21
1.6 Diritto di esercizio.....	23
1.7. Libera Prestazione e Libera Fruizione di Servizi	24
1.8. Diritto di accesso	26
1.9. Diritto di esercizio.....	30
1.10. Servizi offerti su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione, tra Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi.	30
1.11. I Principi Generali del Diritto Europeo	38
1.12. Il principio di eguaglianza.....	40
1.13. Il principio di effettività	43
1.14. Certezza del diritto e legittimo affidamento.....	44
1.15. Libertà d'impresa	47
Conclusioni	52
CAPITOLO SECONDO	54
Il diritto secondario. Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi tra Direttiva “Bolkestein”, Direttive in materia di Appalti Pubblici e Direttiva Concessioni	54
Parte I	54
Servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione e Direttiva 2006/123/CE.....	54
Introduzione	54
2.1.1. La Direttiva 2006/123/CE e l’ambizione di completare l’ancora frammentato mercato dei servizi.	60
2.1.2. Una prospettiva generale.....	67
2.1.3. Una genesi “tormentata”	71
2.1.4. Un campo di applicazione più ridotto	74
2.1.5. Problemi implementativi.....	86
2.1.6. l’impatto della Direttiva 2006/123/CE sui servizi che sono offerti su aree demaniali in concessione o autorizzazione.....	92
Parte II	104
Disciplina degli appalti pubblici e servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione: cosa questi ultimi possono mutuare dalla prima?	104
Introduzione	104
2.2.1. Le Direttive in materia di appalti pubblici.....	107

2.2.2. Principi generali della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la Direttiva 2004/17/CE.....	118
2.2.3. Procedura-La preparazione	125
2.2.4. Pubblicità e trasparenza	128
2.2.5. Aggiudicazione dell'appalto.	132
2.2.6. Principi generali della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE.....	133
2.2.7. Procedure	142
2.2.8. Preparazione.....	148
2.2.9. Pubblicità e Trasparenza	150
2.2.10. Selezione dei partecipanti e aggiudicazione dei contratti	152
2.2.11. Aggiudicazione dell'appalto	154
2.2.12. La <i>ratio</i> e i principi in materia di appalti pubblici e i servizi offerti su spazi demaniali assegnati in concessione o autorizzazione: compenetrazione e zone d'ombra	155
2.2.14. I principi applicabili in materia di appalti pubblici secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	164
Parte III.....	185
La Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e i servizi che sono resi su spazi demaniali in concessione o autorizzazione: profili di applicabilità?	185
Introduzione	185
2.3.1. Una direttiva per le concessioni di servizi: perché era necessaria?	187
2.3.2. Principi.....	189
2.3.3. Selezione e aggiudicazione	195
2.3.4. Requisiti di applicabilità: concessione (di servizi), soglie, aree demaniali.....	199
Conclusioni	207
CAPITOLO TERZO.....	209
Parte I	209
La disciplina di certi servizi offerti su spazi demaniali in concessione nell'ordinamento giuridico italiano.	209
Introduzione	209
3.1.1. La procedura d'infrazione.....	214
3.1.2. La Normativa Statale	228
3.1.3. La Normativa Regionale	255
3.1.4. I principi in materia di evidenza pubblica.....	269
3.1.5. La Giurisprudenza.....	274
3.1.6. Come funziona la procedura di rilascio o di rinnovo di una concessione demaniale marittima.....	300
3.1.7. Recenti tentativi di riordino della disciplina: tra la Direttiva "Servizi", eventuale sdemanializzazione e l'introduzione di un diritto di superficie	301
Parte II.....	307
Portogallo, Croazia, Francia, Spagna	307
Introduzione	307
3.2.1. Portogallo.....	308
3.2.2. Croazia	311
3.2.3. Francia	315
3.2.4. Spagna.....	324
Conclusioni	328
CAPITOLO QUARTO	329

Servizi offerti su spazi in concessione e aiuti di Stato.....	329
Introduzione.....	329
4.1. Aspetti rilevanti della normativa in materia di aiuti di Stato.....	331
4.2. Perché la disciplina in materia di aiuti di Stato potrebbe essere applicabile ai servizi forniti su spazi aggiudicati in concessione.....	340
4.3. Un Servizio d'Interesse Economico Generale?.....	358
4.4. Conclusioni.....	375
Conclusioni.....	380
Bibliografia.....	384

Introduzione

Con questa tesi di dottorato, si ha lo scopo di esaminare la relazione, alquanto problematica, tra servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione e diritto dell'Unione Europea, in particolare per ciò che concerne Libertà di Stabilimento, Libera Prestazione di Servizi, principi generali del diritto europeo in materia di appalti pubblici e aiuti di Stato.

L'impostazione del presente lavoro segue, pertanto, un approccio *top-down*, nel senso che, come poi si vedrà nei capitoli e nei paragrafi che seguiranno, la domanda cui si tenta di rispondere con questa ricerca è la seguente: “come far sì che il quadro normativo statale e, quindi, regionale, risponda alle esigenze richieste dal diritto europeo?”. Una sottolineatura del genere potrebbe sembrare, ai più, persino superflua. E', infatti, ben noto il c.d. principio di supremazia del diritto dell'Unione rispetto al diritto nazionale, così com'è altrettanto noto il principio dell'effetto diretto che alcune norme europee hanno all'interno degli ordinamenti statali.

Tuttavia, come spesso accade, l'approccio che spesso i media, la politica e, seppur tristemente, a volte, persino la comunità scientifica, tendono ad adottare non è tale da interrogarsi su come il quadro normativo statale possa essere riformato per rispettare il diritto dell'Unione Europea, ma, al contrario, mira più a rispondere alla

domanda: “come fare sì che si riesca ad eludere o a ritardare il più possibile l’applicazione del diritto dell’Unione?”.

Al di là delle due diverse prospettive, che, in senso assoluto, sembrano godere dello stesso grado di legittimità, nel momento in cui l’analisi di una problematica diventa scientifica, l’approccio deve necessariamente essere “laico”, ossia mirare ad analizzare lo scenario nella maniera più oggettiva possibile.

In questo caso, proprio perché il presente lavoro ha l’ambizione non tanto di essere esaustivo, quanto di essere scientifico, si è optato, come detto sopra, per una trattazione che miri ad evidenziare, da un lato, sotto quali aspetti lo status quo dei servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione non rispetta il diritto europeo e, dall’altro, in che modo è possibile riportare gli ordinamenti giuridici statali “in carreggiata” nel modo migliore e più veloce possibile.

Questo al fine di evitare possibili aperture di procedure d’infrazione da parte della Commissione Europea, ma anche al fine di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà di cui tutti i cittadini europei e tutte le imprese operanti nel mercato devono poter godere, senza discriminazioni o senza restrizioni, che altro non fanno che garantire rendite di posizioni a categorie privilegiate da anni di “sonno” da parte dei legislatori statali.

Senza tralasciare il fatto che, tutte le volte in cui uno Stato non implementi del tutto o non implementi correttamente o violi una norma del diritto dell’Unione viene meno non solo agli obblighi nei confronti dell’Unione, ma anche, come nel caso dell’Italia, agli obblighi imposti dalla Costituzione stessa.

Il presente lavoro è strutturato come segue: nel primo capitolo si delinea il rapporto tra i servizi che sono oggetto della presente ricerca e il diritto primario dell'Unione in materia di Libertà di Stabilimento, Libera Prestazione di Servizi, Principi Generali del Diritto Europeo e Carta dei Diritti Fondamentali; nel secondo capitolo, invece, si analizza l'impatto diretto della Direttiva 2006/123/CE sui servizi di cui sopra e quello indiretto delle Direttive "Appalti" e "Concessioni", nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa ai principi generali in materia di appalti pubblici; nel terzo capitolo si affronta, da un lato, in maniera dettagliata, la situazione italiana e, dall'altro, si effettua, nella seconda parte dello stesso, una comparazione con alcuni ordinamenti considerati abbastanza omogenei a quello italiano, come il Portogallo, la Croazia, la Francia e la Spagna; nel quarto capitolo, infine, si esamina il tutto alla luce della normativa in materia di aiuti di Stato e si precisa come, sia lo status quo, in cui ancora il legislatore italiano non ha provveduto a riordinare il settore dei servizi offerti su spazi demaniali, sia le eventuali soluzioni al problema che sono state prospettate dalle associazioni di categoria interessate e da alcuni partiti politici, potrebbero persino costituire un aiuto di Stato non compatibile con il mercato interno.

Ciò detto, è importante precisare come la modernizzazione della normativa in materia di servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione è stata considerata- e ancora lo è- come una vera e propria "patata bollente", almeno in Italia, dai vari governi che si sono succeduti dall'apertura, da parte della Commissione Europea, della procedura d'infrazione 2008/4908. Se, infatti, giuridicamente parlando, il problema, non sarebbe nemmeno di difficile soluzione, a complicare il quadro

intervengono, come spesso accade in situazioni del genere, considerazioni di natura meramente politica, che poco o nulla hanno a che fare con il diritto.

E' opinione dell'autore, tuttavia, che, sebbene non ci si possa e non ci si debba aspettare che le summenzionate questioni politiche siano totalmente tralasciate dal legislatore, una regolamentazione che possa dirsi ottimale deve comunque fondarsi su un'analisi che sia in grado di consegnare al legislatore *pro tempore* la soluzione normativa più efficiente. Occorre altresì specificare che la soluzione al problema deve essere, oltre che efficiente, "legale". Con "legale" s'intende, per l'appunto, una normativa che rispetti, da un lato, il diritto europeo e, dall'altro lato, il diritto costituzionale nazionale.

Occorre, infine, premettere che, se da un lato, i servizi che sono oggetto del presente lavoro sono, alla luce del diritto statale, delle concessioni che hanno per oggetto un bene, alla luce del diritto europeo esse sono da considerarsi quali servizi e, di conseguenza, all'interno del campo d'applicazione dell'art. 49 TFUE, dei principi generali in materia di appalti pubblici, della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Direttiva "Servizi".

Nonostante, come poi si vedrà, non possono considerarsi, almeno per il momento, ai sensi della Direttiva "Concessioni" delle concessioni di servizi vere e proprie, restano, come detto sopra, nell'orbita della disciplina dei servizi, anche perché, come si vedrà, il concessionario non mira ad ottenere il bene demaniale in quanto tale, ma il bene in quanto solo grazie ad esso potrà esercitare la propria attività economica. Infatti, comunque le si consideri, la sostanza, ossia la necessità d'introdurre una

procedura di evidenza pubblica, preferibilmente aperta, per l'aggiudicazione delle stesse, e, altresì, di prevedere una durata limitata adeguata, non cambia.

CAPITOLO PRIMO

Servizi offerti su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione tra Libertà di Stabilimento, Libera Prestazione di Servizi, Principi Generali e Carta dei Diritti Fondamentali UE.

Introduzione

Il primo capitolo del presente lavoro vuole indagare l'impatto del diritto primario dell'Unione Europea, ossia della Libertà di Stabilimento, della Libera Prestazione di Servizi e dei Principi Generali, nonché della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, su quei servizi che sono offerti su spazi in concessione o in autorizzazione, ossia, nel caso di specie, sulle c.d. concessioni demaniali turistico-ricreative.

Se, infatti, come poi emergerà in maniera più precisa dal secondo capitolo, lo strumento legislativo su cui la Commissione Europea ha fatto leva per l'apertura della Procedura d'Infrazione 4908/2008, procedura con la quale si contestava, all'Italia, la chiusura dell'accesso ai servizi balneari e, indi per cui, del loro esercizio, ossia la presenza di meccanismi giuridici quali il rinnovo automatico delle concessioni e il diritto d'insistenza in capo al concessionario uscente, è stata ed è¹ la Direttiva

¹Se, infatti, da un lato, la Procedura d'infrazione è stata chiusa in virtù dell'abrogazione del rinnovo automatico e del diritto d'insistenza, nonché a fronte della proroga allo scadere della quale le concessioni andranno a evidenza pubblica, dall'altro lato, tale procedura d'infrazione potrà essere riaperta qualora il Governo italiano non adempia agli obblighi scaturenti dal diritto europeo.

2006/123/CE², va altresì precisato che, come statuito da autorevolissima dottrina³, essa altro non fa che mettere in risalto gli artt. 49⁴ e 56⁵ TFUE, per via della sostanziale codificazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Inoltre, sembra importante rilevare come taluni principi generali che si riveleranno di fondamentale utilità per l'interpretazione dei Trattati e, in modo particolare, del diritto secondario, discendano proprio dai summenzionati articoli.

²Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

³C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", CUP 2013.

⁴ L'articolo 49 TFUE stabilisce: "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato Membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

⁵ L'articolo 56 TFUE stabilisce: "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione".

E' d'uopo, quindi, procedere a un'attenta analisi⁶ e della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione di Servizi, per comprendere al meglio l'impatto del diritto dell'Unione Europea, sia di quello primario, sia di quello secondario, sui servizi offerti su spazi in concessione e autorizzazione. Si procederà, dapprima, con il cercare d'identificare se la situazione che è oggetto del presente lavoro ricada all'interno della Libertà di Stabilimento o della Libera Prestazione di Servizi; successivamente, si passerà alla disamina della prima, per le persone fisiche e per le persone giuridiche, nella forma di libertà di accesso e di libertà di esercizio, per arrivare, infine, al test attualmente applicato dalla Corte di Giustizia e, quindi, all'impatto di tale libertà sui servizi offerti su spazi in concessione o autorizzazione.

Nella seconda parte, invece, si tratterà della Libera Prestazione e della Libera Fruizione di Servizi, sia per quanto riguarda le persone fisiche e le persone giuridiche, come libertà di accesso e come libertà di esercizio; inoltre, si valuterà, anche in questo caso, il test attualmente applicato dalla Corte di Giustizia e, infine, l'impatto di tale libertà sui servizi che sono offerti su spazi in concessione. Le ultime due sezioni, invece, saranno dedicate ai Principi Generali del Diritto Europeo e alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE.

⁶Si veda, oltre a C. Barnard, op. cit., anche S. de la Rosa, "L'écriture des libertés de circulation" e F. Martucci, « situations purement internes et liberté de circulation, in (a cura di) E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, Bruylant, 2013; G. Caggiano, Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno, Studi sull'integrazione europea. Anno VII (2012), n. 2-3.

1.1 Libertà di Stabilimento o Libera Prestazione di Servizi?

La prima vera domanda consiste nel cercare di comprendere se, quando ci si riferisce ai servizi offerti su spazi in concessione o autorizzazione e diritto dell'Unione Europea, ci si muova nell'ambito della Libertà di Stabilimento o della Libera Prestazione di Servizi. Nel caso in cui, ad esempio, un'impresa proveniente da uno Stato A voglia accedere al mercato di uno Stato B o esercitare la propria attività economica in uno Stato B e si tratti, al contempo, di un servizio offerto su spazi in concessione o autorizzazione, come, ad esempio, le concessioni balneari o le concessioni idroelettriche, si tratterà di un periodo indefinito e, quindi, di stabilimento, o il requisito della temporaneità sarà soddisfatto, comportando così, l'applicazione delle norme in materia di servizi?

La risposta potrebbe apparire semplice; poiché, infatti, si tratterebbe di un'impresa che mira a vedersi aggiudicata una concessione attraverso una gara, si potrebbe argomentare a favore dell'applicazione delle norme in materia di stabilimento; ciò sarebbe corroborato anche dal fatto per cui, l'impresa in questione avrebbe bisogno di stabilirsi fisicamente, di utilizzare un'infrastruttura. Tuttavia, si potrebbe anche sostenere che, proprio perché si tratterebbe di una concessione aggiudicata con procedura di evidenza pubblica, essendo la durata definita dell'aggiudicazione una delle caratteristiche intrinseche della concessione in questione, si tratterebbe di periodo definito e, quindi, di libera prestazione di servizi.

Un'ulteriore contro-argomentazione potrebbe però far ricadere le situazioni summenzionate all'interno della libertà di stabilimento proprio perché, aspirando

l'impresa vincitrice a vedersi aggiudicata la concessione una seconda volta fino ad un numero indefinito di volte, si tratterebbe, invece, di un lasso di tempo indefinito.

Come stabilito in *Gebhard*⁷, infatti, la posta in gioco è capire se la legge applicabile sia quello dello Stato di origine o quella dello Stato ospite; sempre nella stessa sentenza, la Corte decideva, inoltre, che la temporaneità dovesse essere determinata alla luce non solo della fornitura in quanto tale del servizio, ma anche della sua regolarità, periodicità e continuità.⁸ Il fatto che un'impresa si doti di una sede stabile nello Stato ospite non comporta necessariamente che si tratti di Libertà di Stabilimento, se quella sede è necessaria ai fini dello svolgimento dell'attività d'impresa.⁹ In altri termini, non esiste alcun tipo di formula magica per comprendere se debbano essere applicate le norme in materia di Libertà di Stabilimento o di Libera Prestazione di Servizi.¹⁰

L'Avvocato Generale Jacobs, in *Sager*¹¹, ha rimarcato, infatti, che vi sarebbe una linea sottilissima che divide Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi. Ciò fa comprendere come, se in linea teorica la distinzione può dare luogo a discussioni interessanti, in linea pratica, anche grazie alla forte convergenza¹² che ha interessato le quattro libertà fondamentali fino a renderle praticamente omologhe, distinguere se una

⁷Causa C-55/94, *Gebhard*

⁸*Ibid.*, par 10

⁹Causa C-456/02 *Trojani c CPAS* [2004] ECR 7573 par. 27

¹⁰Causa C-215/01 *Schnitzer* [2003] ECR 4847

¹¹Causa C-76/90, *Sager*

¹²Vedi, *inter alia*, A. Tryfonidou, *Further steps on the road to convergence among market freedoms*, *European Law Review*, 35(1).

data situazione ricada tra le maglie dell'art. 49 TFUE piuttosto che tra quelle dell'art. 56 TFUE, può essere, a volte, fine a se stesso. Come si vedrà alla fine del presente capitolo e alla fine del secondo capitolo, infatti, i Principi Generali, che richiedono l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica¹³, discendono, in maniera eguale, dagli artt. 49 e 56 TFUE.

L'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE, che è la norma di diritto secondario applicabile nel caso di specie, è inserita all'interno della sezione dedicata alla Libertà di Stabilimento e, per accedere al mercato, l'impresa interessata dovrebbe partecipare ad una gara che, sebbene nel rispetto del diritto europeo, dovrebbe essere comunque disciplinata dal diritto statale. Questo elemento farebbe pertanto propendere, in via interpretativa, per la tesi che vuole che le summenzionate situazioni ricadano tra le maglie dell'art. 49 TFUE piuttosto che dell'art. 56 TFUE. Tuttavia, come si è detto sopra, a fini pratici non cambierebbe granché, visto che, come si è già detto, i principi discendono in maniera eguale da entrambe le norme.

1.2. Libertà di Stabilimento

Come la Corte ha stabilito in *Factortame II*¹⁴, l'art. 49 TFUE richiede il reale perseguimento di un'attività economica attraverso uno stabilimento fisso in un altro Stato Membro rispetto al proprio, per un periodo di durata indefinita. Il campo

¹³Cfr. Capitolo II.

¹⁴ Causa C-221/89, *R c. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (Factortame II)* [1991] ECR I-3905, para. 20.

d'applicazione del suddetto articolo riguarda, oltre che le imprese, i lavoratori autonomi, ossia tutti coloro che esercitano al di fuori di una relazione di subordinazione, che si assumono il rischio del successo o del fallimento e che sono pagati direttamente e totalmente.¹⁵

La gamma di attività economiche esercitabili è vastissima, proprio perché un lavoratore autonomo può condurre attività di natura commerciale o industriale, artigianato, o attività professionali.¹⁶ L'estensione dell'art. 49 TFUE è stata evidenziata in *Gebhard*, dove la Corte ha sottolineato come il concetto di stabilimento è molto ampio e permette ad un cittadino europeo di partecipare, su base stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato Membro che non sia il proprio, contribuendo, in qualità di lavoratore autonomo, alla penetrazione sociale ed economica all'interno dell'Unione.

La Libertà di Stabilimento si applica, in primo luogo, nei confronti delle persone fisiche, tutelando il loro diritto di partire (nei confronti dello Stato d'origine), il loro diritto di entrare, e il loro diritto a soggiornare (nei confronti dello Stato ospite).

Tuttavia, lo schema che si prenderà in considerazione, per quanto attiene alla disamina della Libertà di Stabilimento delle persone fisiche, sarà la consueta dicotomia tra diritto di accesso al mercato dello Stato ospite e diritto di esercizio dell'attività economica all'interno dello Stato ospite.

1.3 Diritto di accesso

¹⁵Causa C-268/69, *Jany* [2001] ECR 8615.

¹⁶Causa C-55/94, *Gebhard*, para 23; C- 257/99, *Barkoci e Malik*, [2001] ECR I 6557, par 50.

Per quanto riguarda il diritto di accesso, l'art. 49 TFUE si applica sia nei confronti del c.d. stabilimento primario, con cui un prestatore di servizi proveniente da uno Stato A si trasferisce in uno Stato B e apre una stabilimento permanente, sia nei confronti del c.d. stabilimento secondario, con cui un prestatore di servizi di uno Stato A si trasferisce in uno Stato B, dove apre un ufficio.¹⁷ E', infatti, importante sottolineare come l'art. 49 TFUE conferisce la possibilità ad ogni individuo di mantenere più di uno stabilimento.¹⁸

Come emergerà in maniera preponderante dalla lettura del secondo capitolo, l'art. 49 TFUE contiene, al suo interno, il principio generale di non discriminazione e di parità di trattamento. In altre parole, l'art. 49 TFUE sancisce che ogni Stato Membro è libero di regolare l'accesso ad un'attività economica all'interno del proprio territorio, sempre che ciò non comporti una discriminazione diretta o indiretta sulla base della nazionalità.¹⁹

E', infatti, pacifico, che una misura nazionale che sia direttamente discriminatoria²⁰, possa essere giustificata solo sulla base di una deroga espressa o di un'esigenza imperativa d'interesse generale.²¹ Le misure che, invece, si rivelino

¹⁷ Causa 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris c. Klopp* [1984] ECR 2971, par. 19. Vedi anche, inter alia, Causa C-53/95, *Inasti c Kemmler* [1996] ECR I-703.

¹⁸ *Ibid.*, Par. 19

¹⁹ C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The four freedoms", Op. Cit.

²⁰ Si veda, ad esempio, Causa 2/74 *Reyners c Belgio* [1974] ECR 631.

²¹ Un approccio ortodosso vorrebbe che le misure direttamente discriminatorie possa essere giustificate solo dalle deroghe espresso contenute nei Trattati, mentre le misure indirettamente discriminatorie o non

indirettamente discriminatorie possono essere giustificate solo sulla base delle deroghe espresse o delle esigenze imperative d'interesse generale.²²

Il vero *punctum dolens* sono sempre state le misure non discriminatorie, ossia quelle misure nazionali che, pur non costituendo, né direttamente, né indirettamente, una discriminazione sulla nazionalità, rappresentano, comunque, una restrizione all'accesso al mercato. Se, almeno inizialmente, la Corte di Giustizia non aveva considerato che tali misure potessero rappresentare una violazione della libertà di stabilimento²³, in *Gebhard*²⁴ la Corte mutò la propria posizione a riguardo.

L'applicazione dell'art. 49 TFUE sarebbe scattata non più solo nel caso di risposta positiva alla domanda se la misura nazionale in questione discriminasse, direttamente o indirettamente, sulla base della nazionalità, ma anche nel caso di risposta affermativa alla domanda se la misura in questione ostacolasse o costituisse una restrizione all'accesso al mercato.

La Corte, infatti, in *Gebhard*, stabilì che tutte le misure nazionali atte a impedire o, anche semplicemente, a rendere meno attraente l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, devono soddisfare quattro condizioni: devono essere applicate in una maniera non discriminatoria, devono essere giustificate da esigenze imperative d'interesse generale, devono rispettare il principio di proporzionalità.²⁵ Come ricordato

discriminatorie possano essere giustificate anche attraverso il ricorso alle esigenze imperative d'interesse generale. Tuttavia la Corte di Giustizia sembra aver abbandonato tale dicotomia.

²² Si veda, *inter alia*, Causa 292/86 *Gullung c Conseil de l'ordre des avocats de Colmar* [1988] ECR 111.

²³ Cfr. C. Barnard; Vedi anche Causa 221/85, *Commissione c Belgio* [1987] ECR 719

²⁴ Causa C-55/94, *Gebhard*

²⁵ *Ibid.*, par 37.

da autorevolissima dottrina²⁶, il nuovo test della Corte di Giustizia mira a valutare se la misura in questione potrebbe costituire un ostacolo, una restrizione o un impedimento all'accesso o all'esercizio della Libertà di Stabilimento, anziché una discriminazione basata sulla nazionalità.²⁷

Un ulteriore sviluppo della summenzionata svolta è rappresentato dalla tanto invocata adozione, anche nell'ambito del diritto del mercato interno, di un approccio maggiormente economico. Sebbene tale svolta non sia stata ancora compiuta dalla Corte, vi sono delle pronunce della stessa che sembrano voler propendere per l'adozione di un test che miri a considerare le restrizioni che superino una certa soglia o che, perlomeno, abbiano per oggetto o per effetto la creazione di una restrizione all'accesso al mercato.²⁸

1.4. Diritto di esercizio

²⁶C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", CUP, 2013.

²⁷ Causa C-424/97 Haim c. Kassenzahnartzliche Vereinigung Nordrhein (HaimII) [2000] ECR I-5123, par. 57; Vedi anche Causa C-309/99 JCJ wouters, JW Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten [2002] ECR I-1577, par 122. Vedi anche Causa C-65/05 Commissione c. Grecia [2006] ECR I-10341, paras 50-2; Cause Riunite C-171/07 e C-172/07 apothekerkammer des Saarlandes v Saarland [2009] ECR I-4171, paras 23-4. Vedi anche Causa C-89/09, Commissione c. Francia [2010] ECR 12941.

²⁸Si veda, ad esempio, il famosissimo esempio delle tariffe massime C-565/08, Commissione c. Italia, [2011] ECR I-2101; Come ricordato da Barnard, si veda anche C-602/10 SC Volksbank Romania c CJPC [2012] ECR, par. 80, dove si richiede la dimostrazione che la misura nazionale sotto esame renda l'accesso al mercato meno attraente e, una volta avvenuto l'accesso, riduca in maniera effettiva la capacità delle imprese in questione di competere.

Eventuali misure nazionali in violazione dell'art. 49 TFUE possono pregiudicare, oltre all'accesso al mercato, anche l'esercizio di una professione o di un'attività. A queste situazioni si applicherà lo stesso schema che si è visto per l'accesso al mercato. Anche in questi casi, infatti, la Corte è passata dall'approccio della non-discriminazione, all'approccio delle restrizioni.²⁹ Per quanto riguarda l'approccio della non-discriminazione, si distingue sempre tra misure direttamente discriminatorie³⁰ e misure indirettamente discriminatorie.³¹ Per quanto riguarda, invece, l'approccio degli ostacoli o, altrimenti detto, delle restrizioni, va detto che l'evoluzione giurisprudenziale³² risulta essere speculare rispetto ai casi di diritto di accesso al mercato.

L'Avvocato Generale Jacobs, nelle sue conclusioni, fece riferimento al diritto del cittadino europeo di essere trattato, ovunque egli decida di andare all'interno del territorio dell'Unione, nel rispetto di un codice comune di valori fondamentali, con particolare riferimento a quelli stabiliti all'interno della Convenzione EDU, proprio in virtù del fatto che, in quanto cittadino, egli debba poter dire "civis europeus sum" e opporre tale status a qualsivoglia normativa nazionale che ostacoli i suoi diritti fondamentali.³³ Come si evince da questo esempio, infatti, anche le disposizioni in

²⁹C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The four freedoms", op. cit.

³⁰Vedi, ad esempio, Causa C-162/99, *Commissione c. Italia* [2001] ECR I-541, par 36; Causa C-203/98 *Commissione c. Belgio* [1999] ECR I-4899

³¹Causa C-182/83, *Fearon*, [1985] ECR I-3677

³²Si veda causa C-168/91, *Kostantinidis* [1993] ECR I-1191

³³*Ibid.*, par 46.

materia di cittadinanza europea sono utili per interpretare le norme dei Trattati, in modo particolare, quelle relative alle libertà fondamentali.

Com'è noto, l'art. 49 TFUE si applica anche nei confronti delle persone giuridiche. Nello specifico, si declina sia come diritto a fondare e a gestire imprese (stabilimento primario) sia come abolizione di restrizioni ad agenzie, filiali, controllate di imprese stabilite in un altro Stato Membro (stabilimento secondario). Anche in codeste situazioni, le imprese in questione devono essere trattate nello stesso modo in cui sono trattate le persone fisiche. In altre parole, lo schema che si applica nei confronti delle persone fisiche si applica anche nei confronti delle persone giuridiche.³⁴

1.5 Diritto di accesso

L'articolo 49 TFUE, come si è ricordato sopra, comprende sia il c.d. stabilimento primario, sia il c.d. stabilimento secondario. Per quanto riguarda il primo dei due casi, una società può esercitare il suo diritto di stabilimento registrando una società in un altro Stato Membro, oppure, nonostante questa pratica risulti piuttosto rara, proprio perché proibita in alcuni Stati, trasferendo la propria sede da uno Stato ad un altro. Per quanto riguarda, invece, il secondo dei due casi, è importante sottolineare come la Corte abbia fatto in modo da evitare che gli Stati richiedessero che solamente le società che avessero il loro stabilimento primario nel loro territorio potessero accedere al mercato.³⁵

³⁴Cfr. C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

³⁵*Ibid.*; Cfr., anche, Causa 101/94 *Commissione c Italia* [1996] ECR I 2691

E' altresì d'uopo ricordare che la Corte ha reso effettivo il diritto allo stabilimento secondario estendendo le tutele anche in tutte quelle situazioni in cui vi possa essere una discriminazione nei confronti degli impiegati sulla base del Paese di registrazione della società.³⁶

Per quanto riguarda l'approccio della non discriminazione sulla base della nazionalità, nel caso delle persone giuridiche, va detto che è la sede della società che avrà la stessa funzione, per quest'ultime, che ha la nazionalità per le persone fisiche.³⁷ La sede di una società si trova nello stato in cui quest'ultima è registrata, ha la propria amministrazione centrale o il luogo principale dei propri affari.³⁸ Ne consegue, pertanto, che la discriminazione diretta sarà la discriminazione sulla base della sede della società, mentre la discriminazione indiretta comporterà l'utilizzo di criteri che, in concreto, porteranno al medesimo risultato di cui sopra.³⁹

Anche in questo caso, secondo la visione ortodossa, la discriminazione diretta viola l'art. 49 TFUE e può essere giustificata solamente dalle deroghe espresse contenute all'interno dell'articolo 52 TFUE. La discriminazione indiretta, invece, che viola l'articolo 49 TFUE, può essere giustificata da una delle esigenze imperative d'interesse generale. Come in tutte le libertà fondamentali, la Corte ha abbandonato l'approccio della non discriminazione per abbracciare l'approccio delle restrizioni⁴⁰,

³⁶ Causa 79/85 *Segers c Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringwegen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR 2375

³⁷ C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ C-330/91 *Ex p. Commerzbank AG* [1993] ECR I-4017, par. 14.

⁴⁰ Causa C-212/97, *Centros*, [1999] ECR I-1459; C-221/89 *Factortame II* [1991] ECR I-3905.

dove è previsto che il test miri a valutare se una data misura costituisca un ostacolo, o meno, alla Libertà di Stabilimento.⁴¹

Anche in materia di Libertà di Stabilimento e persone giuridiche, la Corte ha utilizzato formule che richiamano la necessità di dimostrare che la restrizione in questione sia sostanziale e, quindi, significativa. In altre parole, si tratta della velata necessità di introdurre una soglia al di sotto della quale la restrizione sarà considerata non rilevante.⁴²

1.6 Diritto di esercizio

Il diritto di esercizio deve essere garantito una volta che l'impresa si è stabilita, sia sotto forma di stabilimento primario, sia sotto forma di stabilimento secondario, nello Stato ospite. Essa deve, pertanto, godere del medesimo trattamento di cui godono le imprese domestiche.⁴³ Tuttavia, com'è stato già ricordato sopra, la Corte ha optato per l'approccio delle restrizioni o degli ostacoli.⁴⁴

⁴¹Causa C-208/00 *Überseering* [2002] ECR I 305, par 82; Causa C-169/07 *Hartlauer handelgesellschaft mbH c Wiener Landesregierung* [2009] ECR I-1721; C-439/99 *Commissione c. Italia* [2002] ECR I-305, par 39.

⁴²Causa C-518/06 *Commissione c. Italia* [2009] ECR 3491; Causa C-110/05 *Commissione c. Italia* [2009] ECR I 519.

⁴³Cfr. CBarnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms"; Causa 3/88 *Commissione c Italia* [1989] ECR 4035; Causa C-272/91 *Commissione c Italia*[1994] ECR I-1409.

⁴⁴ Causa C-255/97, *Pfeiffer Grosshandel GmbH c Lowa Warenhandel GmbH* [1999] ECR I-2835.

Ne consegue che una misura che si dimostri in violazione dell'art. 49 TFUE potrà, anche in questo caso, essere giustificata attraverso una delle esigenze imperative d'interesse generale, sempre che il principio di proporzionalità sia rispettato e che non vi sia alcuna violazione dei diritti fondamentali.

1.7. Libera Prestazione e Libera Fruizione di Servizi

Come accennato sopra, nonostante la linea di demarcazione sia alquanto labile fino ad arrivare, in certi casi, ad assumere contorni sfumati, ciò che maggiormente contraddistingue la Libertà di Stabilimento dalla Libera Prestazione di Servizi è il carattere della temporaneità. Sebbene sia sempre stata considerata una libertà di carattere residuale⁴⁵, è importante ricordare che l'economia dell'Unione è essenzialmente basata sui servizi, visto che essi valgono oltre il 70% del PIL e della forza lavoro dei Paesi nella maggioranza degli Stati Membri.⁴⁶

Per completezza, va comunque ricordato che la Corte non ha mancato di dare un'interpretazione consona all'art. 57 TFUE, ricordando che esso non stabilisce alcuna relazione di subalternità o di residualità tra la Libera Prestazione di Servizi e le altre libertà fondamentali, ma si preoccupa solamente di definire che cosa sia un servizio attraverso in via residuale, vista l'aleatorietà e la dinamicità dei servizi, e la conseguente difficoltà di ingabbiare gli stessi in una definizione precisa e puntuale. Un tale approccio avrebbe, infatti, consentito di attrarre nell'orbita dell'articolo 56 TFUE tutte

⁴⁵E' importante sottolineare come l'articolo 57 TFUE sembrava suggerire una sorta di subalternità.

⁴⁶C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The four freedoms", op. cit.

le attività che, altrimenti, avrebbero potuto sfuggire alle norme in materia di mercato interno.⁴⁷

L'impostazione classica vorrebbe una tripartizione delle situazioni che sono ricomprese all'interno della Libera Prestazione di Servizi: la situazione in cui il prestatore si muove; la situazione in cui è il fruitore che si muove; quella in cui è il servizio che si muove. L'articolo 56 TFUE può essere invocato sia contro lo Stato ospite⁴⁸ sia contro lo Stato d'origine⁴⁹, qualora vi sia una norma o una prassi che violi la Libera Prestazione dei Servizi. Come già accennato sopra, si potrebbe verificare una situazione nella quale sia il fruitore del servizio a spostarsi⁵⁰ o quella in cui sia il servizio stesso a muoversi.⁵¹

Un tratto che, invece, risulta essere comune a Libertà di Stabilimento e a Libera Prestazione di Servizi, è il fatto che debba essere soddisfatto il criterio della

⁴⁷ Causa C-452/04 *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* [2006] ECR I-9521

⁴⁸ Si veda, inter alia, Causa 33/74, *van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299; Si veda anche Causa C-255/04 *Commissione c. Francia* [2006] ECR I-5251.

⁴⁹ Si veda, inter alia, Causa C-224/97, *Ciola c. Land Vorarlberg* [1999] ECR I-2517; Si veda anche Causa C-405/98, *Gourmet International Products* [2001] ECR I-1795.

⁵⁰ Si veda, ad esempio, Cause Riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone c. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.

⁵¹ Si veda Causa C-384/93, *Alpine Investments* [1995] ECR I 1141; Causa C-243/01, *Piergiorgio Gambelli* [2003] ECR I-13031; Causa 352/85, *Bond van Adverteerders e altri c. Paesi Bassi* [1988] ECR 2085.

remunerazione.⁵² In altre parole, ciò che è necessario dimostrare è l'elemento economico che, almeno normalmente, lega il prestatore al fruitore.⁵³ La remunerazione, affinché scatti l'applicabilità dell'art. 56 TFUE, è sufficiente che sia minima; non è necessario che il soggetto in questione ricerchi il profitto.⁵⁴ Tuttavia, come sancito dalla Corte di Giustizia, non è necessario che alcuni dei servizi non siano pagati da coloro che li ricevono.⁵⁵

1.8. Diritto di accesso

Anche nell'applicazione delle norme relative alla Libera Prestazione di Servizi si distingue, in materia di diritto di accesso al mercato dello Stato ospite, tra approccio della non-discriminazione e approccio delle restrizioni o degli ostacoli. L'articolo 57 TFUE stesso contiene, infatti, il principio di non discriminazione, in virtù del quale il prestatore proveniente da uno Stato A non deve subire un trattamento nello Stato B che sia inferiore o diverso rispetto ai prestatori di servizi che siano stabiliti nello Stato ospite.

Com'è stato precisato sopra, la differenza pratica nel distinguere tra Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione risiede nel comprendere quale sia la legge applicabile, se quella dello Stato d'origine o quella dello Stato ospite. Come ribadito in

⁵²Sull'assenza di remunerazione si veda la causa C-159/90, *Spuc c Grogan*, [1991] ECR I-4685.

⁵³C.Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

⁵⁴Causa C-281/06, *Jundt c Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231

⁵⁵Causa 352/85, *Bond* [1988] ECR 2085, par. 16

*Sager*⁵⁶, infatti, uno Stato Membro non può rendere la fornitura di servizi all'interno del proprio territorio soggetta al rispetto di tutte le condizioni richieste per lo stabilimento e svuotare, di conseguenza, degli effetti pratici, le disposizioni del Trattato che sono deputate a garantire una libera prestazione di servizi.⁵⁷ In altre parole, ciò che va evitato è proprio l'imposizione di doppiopioni.⁵⁸

La Corte ha, sin da subito, interpretato l'articolo 56 TFUE alla luce del principio di non discriminazione, statuendo che esso comporta, innanzitutto, l'abolizione di qualunque tipo di discriminazione sulla base della nazionalità o sulla base del luogo di stabilimento nei confronti di qualsivoglia prestatore di servizi.⁵⁹

Anche in questo caso, le misure nazionali che si riveleranno essere direttamente discriminatorie sulla base della nazionalità o del luogo di stabilimento potranno essere giustificate solamente sulla base delle deroghe espresse, qualora non vi sia una violazione dei diritti fondamentali e qualora sia rispettato il principio di proporzionalità. Questo, in virtù dell'approccio "ortodosso". Tuttavia, come accade per la Libertà di Stabilimento, la Corte di Giustizia potrebbe utilizzare le esigenze imperative d'interesse generale anche qualora si tratti di misure direttamente discriminatorie.

Per quanto riguarda le misure nazionali che risultino indirettamente discriminatorie, va detto che possono essere giustificate, così come succede all'interno

⁵⁶Causa C-76/90, *Sager*

⁵⁷*Ibid.*, par 13.

⁵⁸C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

⁵⁹ Causa C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I- 4007, par. 10.

della Libertà di Stabilimento, oltre che dalle deroghe espresse, anche dalle esigenze imperative d'interesse generale.⁶⁰

Le misure che, invece, siano non discriminatorie sono state, in un primo momento, considerate come non problematiche, nel senso che non si riteneva potessero violare l'articolo 56 TFUE. Tuttavia, come ribadito anche in contesto di Libertà di Stabilimento, grazie anche all'opera di convergenza tra le quattro libertà fondamentali esercitata dalla Corte, si adottò un nuovo test basato sull'accesso al mercato e, quindi, sul cosiddetto approccio delle restrizioni o degli ostacoli.⁶¹

Tale test era stato già confermato in *Sager*, dove la Corte aveva affermato che l'articolo 56 TFUE richiede non solo l'eliminazione di tutte le discriminazioni sulla nazionalità nei confronti di un soggetto che presti un servizio, ma anche l'abolizione di tutte le restrizioni, anche se non vi sia distinzione tra prestatori di servizi che sono stabiliti nello Stato in questione e prestatori che provengono da altri Stati Membri, ammesso che siano atte a proibire o a impedire le attività di un prestatore di servizi che già è attivo nel mercato di un altro Stato Membro.⁶²

Il test enunciato in *Sager* implica una risposta alla domanda se la misura nazionale sotto esame costituisca o meno una restrizione alla Libera Prestazione di

⁶⁰*Ibid.* par 13; si veda anche, Cause Riunite 110 e 111/78, *Ministère public e Chambre syndicale des agents artistiques et impresario de Belgique ASBL c Willy van Wesemael* [1979] ECR 35 e Causa 279/80, *Webb* [1981] ECR 3305.

⁶¹Causa C-384/93, *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141; Causa C-275/92, *Schindler* [1994] ECR 1039.

⁶²Causa C-76/90 *Sager*, par 12.

Servizi.⁶³ Come poi emergerà in maniera evidente nel secondo capitolo del presente lavoro, la Corte, e così il diritto secondario, considera gli schemi di autorizzazione come delle vere e proprie restrizioni⁶⁴; quando, poi, le autorizzazioni o le licenze sono soggette a limitazioni territoriali, la Corte è particolarmente sospetta⁶⁵, specie quando gli schemi di autorizzazione sono utilizzati per limitare il numero di imprese provenienti da altri Stati Membri.⁶⁶

Le restrizioni possono essere giustificate attraverso le esigenze imperative d'interesse generale⁶⁷ che si applichino a tutti i soggetti o imprese che siano attive nello Stato in questione, sempre nel rispetto del divieto di doppiioni. La Corte, in *Sager*, ha inoltre stabilito che quando vi è la valutazione relativa alla possibilità di giustificare una data misura attraverso le esigenze imperative d'interesse generale, si deve altresì tenere conto delle misure, volte a proteggere l'interesse invocato, adottate dal Paese

⁶³Causa C-130/01, *Commissione c. Italia* [2003] ECR I-1659; Come indicato da Barnard, vedi anche Causa C-389/05, *Commissione c. Francia* [2008] ECR I-5337, par 66; Cause Riunite C-372/09 e C-73/09, *Penarroja Fa* [2011] ECR I-1785.

⁶⁴Causa C-189/03, *Commissione c. Paesi Bassi* [2004] ECR I-9289, par 17; Causa C-43/93, *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, par 15.; Causa C-451/99, *Cura Anlagen GmbH c auto Service Leasing GmbH ASL* [2002] ECR I 3193, par 37; C-205/99, *Analir e altri c Administraciòn general del Estado* [2001] ECR I 1271, par 22; Causa C-410/96, *Criminal Proceedings against André Ambry* [1988] ECR I 7875, par. 30; Causa C-288/02, *Commissione c Grecia* [2004] ECR I 10071 par. 30.

⁶⁵C.Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

⁶⁶*Ibid*

⁶⁷Come ricordato in *Gouda*, alcune esigenze imperative d'interesse generale possono essere la protezione dei consumatori, la protezione dei lavoratori, ecc.

d'origine.⁶⁸ Come già ricordato sopra, infatti, mentre nel caso della Libertà di Stabilimento, la legge applicabile sarà primariamente quella del Paese ospite, nel caso della Libera Prestazione di Servizi, sarà primariamente quella dello Stato d'origine.

Nel test di cui sopra si valuta anche il rispetto del principio di proporzionalità. Questo passaggio, come anche nei casi relativi alla Libertà di Stabilimento, è diviso in due parti: prima si verifica che la misura sia appropriata per raggiungere lo scopo prefisso e poi si controlla che non vada oltre ciò che è necessario per raggiungerlo. Anche nel campo della Libera Prestazione di Servizi si valuta il rispetto dei diritti fondamentali.

1.9. Diritto di esercizio

Anche nel campo della Libera Prestazione di Servizi, viene tutelato il diritto all'esercizio dell'attività economica, una volta che si sia già effettuato l'accesso al mercato dello Stato ospite. Tale aspetto viene maggiormente in rilievo con i benefici sociali e fiscali.

1.10. Servizi offerti su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione, tra Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi.

I servizi che sono offerti su spazi in concessione o in autorizzazione sono, alla luce del diritto dell'Unione Europea, delle attività economiche che sono rese da un

⁶⁸Causa C-272/94, *Guiot* [1996] ECR I 1905; Causa C-496/01, *Commissione c Francia* [2004] ECR I 2351, par 71.

prestatore a fronte di una remunerazione pagata da uno o più fruitori. A nulla vale invocare l'applicazione dell'art. 51 TFUE, in base al quale sono escluse dall'applicazione delle norme in materia di Libertà di Stabilimento le attività che, nello Stato in questione, partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.⁶⁹ Il fatto che le attività in esame siano offerte su spazi demaniali che sono poi affidati in concessione, o secondo uno schema di autorizzazione o attraverso una licenza, non muta la loro natura di attività economiche e, quindi, di servizi.

Ne consegue che, a seconda che le summenzionate situazioni siano classificabili come Libertà di Stabilimento o come Libera Prestazione di Servizi, gli articoli 49ss. e 56 ss. TFUE, che godono di effetto diretto verticale ed orizzontale, saranno applicabili. Come ricordato nella prima parte del presente capitolo, ai fini della valutazione volta a comprendere se i servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione possano essere considerati come attratti nell'orbita dell'articolo 49 TFUE piuttosto che dell'articolo 56 TFUE, occorre prendere in considerazione il criterio della temporaneità. L'ottenimento di una concessione o di una licenza o di un'autorizzazione per offrire un servizio potrebbe essere ricompreso sia all'interno della Libertà di Stabilimento, sia all'interno della Libera Prestazione di Servizi.

Nel primo caso, infatti, ciò potrebbe essere motivato dal fatto che non sussiste la temporaneità proprio in virtù del fatto che il soggetto o l'impresa che si appresti a richiedere una licenza o un'autorizzazione o una concessione, non solo ha come scopo

⁶⁹Le Associazioni di categoria degli operatori balneari italiani e non hanno sollevato, più volte, l'argomentazione secondo la quale, appunto, il rilascio di concessioni o di autorizzazioni volte all'offerta di servizi balneari potesse ricadere nell'ambito della deroga di cui all'art. 51 TFUE.

quello di ottenerla per un periodo di tempo illimitato, o, perlomeno, indeterminato, ma qualora, come nel caso di specie, si tratti di una licenza, un'autorizzazione, una concessione che interessi risorse naturali scarse, ha lo scopo di riottenere, scaduto il termine, il titolo abilitativo dell'attività. Va, altresì, aggiunto che avendo il prestatore bisogno dello spazio fisico e offrendo il servizio con regolarità e continuità temporale, senza soluzione di continuità, sarebbe pressoché pacifica l'applicabilità dell'art. 49 TFUE. Da ciò ne conseguirebbe che la legge applicabile sarebbe quella dello Stato ospite.

Nel secondo caso, invece, ciò potrebbe essere motivato dal fatto che sarebbe proprio la licenza, l'autorizzazione o la concessione a conferire il carattere della temporaneità alla prestazione di servizi in questione. E che la necessità di avere uno spazio fisico non preclude, come stabilito dalla Corte in *Trojani*, l'applicabilità dell'art. 56 ss. TFUE, e questo proprio in virtù del fatto che quell'area è indispensabile per fornire il servizio. Ne conseguirebbe che la legge applicabile sarebbe, in maniera primaria, quella dello Stato d'origine e che lo Stato ospite potrebbe, pertanto, regolare la suddetta attività solo con l'imposizione di requisiti aggiuntivi che non violino il divieto di doppiioni.

Pur essendo entrambe le argomentazioni giuridicamente corrette, la prima delle due analisi sembrerebbe la più rispondente alla realtà. Ciò non solo in virtù delle motivazioni sovraesposte, ma anche in virtù di quanto disposto dall'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE, che è rubricato all'interno della parte dedicata alla Libertà di Stabilimento. Se, infatti, la direttiva summenzionata altro non fa che codificare la giurisprudenza della Corte e riempire, evidenziandoli, le disposizioni e le norme dei

Trattati, in via interpretativa l'art. 12 offre una valida argomentazione a favore della prima tesi.

Va da sé, inoltre, che dovendo gli Stati prevedere una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione delle autorizzazioni o delle concessioni, qualora lo schema in questione interessi autorizzazioni limitate per via della scarsità delle risorse naturali o della capacità tecnica, la legge applicabile sarà necessariamente quella dello Stato ospite. Va però detto che la linea di demarcazione tra Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi è alquanto labile e che i principi generali che discendono dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 56 ss. TFUE sono i medesimi.

Ciò premesso, è d'uopo aggiungere che, ai fini dell'argomento ivi trattato, se è vero che è il diritto secondario, ossia la Direttiva 2006/123/CE, ad essere applicabile in quanto *lex specialis*, è altrettanto vero che essa, come affermato sopra e nel secondo capitolo, non fa altro che codificare la giurisprudenza della Corte di Giustizia e riempire gli articoli 49 e 56 TFUE, che sono *lex superioris*, evidenziandone i principi ivi contenuti o dagli stessi derivanti.

Questo fa sì che si ritiene fondamentale un'attenta disamina della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione di Servizi così come disciplinate dal Trattato e interpretate dalla Corte, anche alla luce di un'ipotetica, quanto mai irrealistica, non applicabilità della Direttiva "Servizi" alle attività di cui si tratta nel presente lavoro.⁷⁰

⁷⁰Alcune associazioni di categoria hanno sostenuto e continuano a sostenere, da un lato la possibilità di non applicazione della Direttiva "Servizi" alle concessioni balneari, proprio in virtù del fatto per cui o si tratterebbe di un caso ricadente tra le maglie dell'art. 51 TFUE o perché non sussisterebbe il requisito della scarsità delle risorse naturali (sic), mentre dall'altro lato sostengono la possibilità di revisione della direttiva stessa. Sui punti, si cfr. il capitolo secondo del presente lavoro.

Come emergerà, infatti, dal secondo e dal quarto capitolo, se anche la Direttiva non fosse applicabile, l'obbligo di gara deriverebbe comunque dal diritto primario così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di stabilimento e di servizi, dai principi generali e dai diritti fondamentali.

Ciò premesso, è d'uopo valutare se un servizio che sia offerto su uno spazio demaniale in concessione o in autorizzazione, con meccanismi di rinnovamento automatico e diritto d'insistenza o, comunque, senza procedura di evidenza pubblica, possa ricadere all'interno dell'articolo 49 TFUE e se, in caso di risposta affermativa, possa essere giustificato attraverso le deroghe espresse o attraverso le esigenze imperative d'interesse generale, se il principio di proporzionalità sia rispettato e se non vi siano violazioni di diritti fondamentali.

Una misura nazionale che disponga che l'area su cui una persona fisica o un'impresa possa offrire un servizio remunerato sia assegnata con diritto d'insistenza o con rinnovamento automatico o, comunque, anche solo senza una procedura di evidenza pubblica che rispetti i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza e di pubblicità, nonché di concorrenza, deve essere considerata una misura direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o semplicemente una restrizione alla libertà di stabilimento?

Stando al nuovo test applicato dalla Corte, ossia all'approccio delle restrizioni o degli ostacoli, si può ben affermare che l'assegnazione di un'area indispensabile per l'offerta di un servizio, attraverso meccanismi di rinnovo automatico, diritto d'insistenza o, comunque, anche solo senza una procedura di evidenza pubblica, costituisca una restrizione alla Libertà di Stabilimento. Infatti, non sarebbero rispettati i

principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di pubblicità e di concorrenza.

Va detto, per completezza, che gli schemi di autorizzazione, soprattutto se non di durata illimitata, sono considerati, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, delle vere e proprie restrizioni. Essi però sono giustificati qualora il numero delle autorizzazioni sia limitato per scarsità delle risorse naturali o per capacità tecnica.⁷¹ Pertanto, l'assegnazione di autorizzazioni o di concessioni senza una procedura di evidenza pubblica risulterebbe una restrizione atta ad impedire o a rendere meno attrattiva la Libertà di Stabilimento.

Qualora, invece, si voglia argomentare a favore della non sussistenza del requisito della scarsità delle risorse naturali, l'autorizzazione o la concessione in questione verrebbe a rappresentare uno schema di autorizzazione che, a sua volta, sarebbe da considerarsi come una restrizione che, per non essere illegittima, dovrebbe essere giustificata da un'esigenza imperativa d'interesse generale ed essere non discriminatoria, oltre che essere assegnata secondo criteri che rispettino il principio di non discriminazione e di parità di trattamento.⁷² Inoltre, sia essa considerata illegittima, sia essa considerata legittima, darebbe luogo a situazioni che non solo risulterebbero discriminatorie, ma che violerebbero il principio di effettività del diritto europeo.

In aggiunta, anche volendo sposare un test più economico, estemporaneamente applicato dalla Corte⁷³, si dovrebbe necessariamente concludere che il diritto nazionale,

⁷¹C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

⁷²Si veda Capitolo II

⁷³Cfr. Nota 40 *supra*.

in questo caso, costituirebbe una restrizione avente un impatto significativo e fortemente distorsivo della concorrenza.

Tornando al fatto che l'assegnazione senza procedura di evidenza pubblica che rispetti i principi generali costituirebbe una restrizione ex articolo 49 TFUE, occorre valutare se, ai sensi del diritto primario, potrebbe risultare giustificata attraverso una delle deroghe espresse o una delle esigenze imperative d'interesse generale. Le deroghe espresse sono contenute all'interno dell'articolo 52 TFUE: ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Non sembra plausibile che una delle summenzionate deroghe possa giustificare il non esperimento di una procedura di evidenza pubblica che scelga tra più candidati, quando si tratti di servizi resi su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione. Oltre al fatto che, trattandosi di deroghe, esse devono essere interpretate in maniera restrittiva, non appaiono adeguate per fungere da eccezione ad una restrizione come quella menzionata sopra.

Si potrebbe, invece, invocare una delle esigenze imperative d'interesse generale individuate dalla Corte di Giustizia? La lista delle esigenze imperative d'interesse generale è ampia, proprio perché, a differenza delle deroghe espresse, che sono una lista chiusa, le summenzionate giustificazioni costituiscono una lista aperta nelle mani delle Corti. Tra le varie esigenze imperative d'interesse generale che potrebbero essere sollevate in casi del genere, si può menzionare, ad esempio, la protezione dell'ambiente⁷⁴, la promozione del turismo⁷⁵, la sopravvivenza delle PMI⁷⁶, il bisogno di certezza del diritto.⁷⁷

⁷⁴Causa C-17/00, *De Coster* [2001] ECR I 9445 paras 36 37; Cause Riunite C-151/04 e C-152/04 *Nadin* [2005] ECR I 11203 par 52; Causa C-338/09, *Yellow Cab* [2010] ECR I 13927 par 50.

Tuttavia, si può facilmente argomentare che un'assenza di gara per l'assegnazione di aree su cui un prestatore dovrebbe poi offrire un servizio non potrebbe essere giustificata da nessuna delle summenzionate esigenze imperative. La protezione dell'ambiente, ad esempio, potrebbe, invece, essere raggiunta attraverso una gara che la preveda, tra i criteri di aggiudicazione; la promozione del turismo si raggiungerebbe in maniera più efficiente attraverso l'esperimento di una gara, proprio perché essa consentirebbe di aggiudicare l'area all'offerta più vantaggiosa, e, quindi, al piano di investimenti che meglio garantirebbe l'offerta turistica; la sopravvivenza delle PMI, allo stesso modo, verrebbe massimizzata con l'introduzione di una gara, proprio perché verrebbe data la possibilità a tante PMI di partecipare alla stessa e di vincere la selezione; stessa cosa varrebbe per la certezza del diritto, che risulterebbe meglio tutelata con una normativa nazionale che riuscisse a garantire il rispetto del principio di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza e pubblicità e di concorrenza.

E' d'uopo inoltre specificare che gli Stati Membri non possono invocare norme, prassi o situazioni prevalenti all'interno del loro ordinamento giuridico, a cominciare da quelle risultanti dalla struttura costituzionale dello Stato, per giustificare il mancato adempimento agli obblighi derivanti dal diritto europeo.⁷⁸ Inoltre, si ritiene opportuno

⁷⁵Causa 338/09, *Yellow Cab*, par 50.

⁷⁶Causa C-464/05, *Geurts c Administratie van de BTW* [2007] ECR I-9325, par 26.

⁷⁷Causa C-347/06, *ASM Brescia Spa c Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-5641, par 64.

⁷⁸Causa C-212/06, *Wallon Government* [2008] ECR I-1683, par 58.

ricordare come giustificazioni di tipo economico non siano ammesse all'interno della lista aperta delle esigenze imperative d'interesse generale.

E, comunque, rimarrebbe da valutare se la misura nazionale in questione possa violare uno dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. I problemi si porrebbero soprattutto in relazione all'articolo 16, che sancisce la libera iniziativa economica, all'articolo 21, che sancisce il principio di non discriminazione, a all'articolo 41, che riconosce il diritto ad una buona amministrazione. Tuttavia, se anche fosse superato il passaggio relativo alle giustificazioni e ai diritti fondamentali, occorrerebbe assicurarsi che il principio di proporzionalità sia rispettato. Ciò risulterebbe alquanto difficile, almeno nel caso in esame nel presente lavoro.

1.11. I Principi Generali del Diritto Europeo

Ai fini della trattazione, occorre esaminare quali siano i principi generali del diritto europeo⁷⁹ che sono ritenuti rilevanti ai fini della regolamentazione dei servizi che sono resi su spazi demaniali in concessione o in autorizzazione. L'obbligo di aggiudicazione attraverso una procedura di evidenza pubblica discende, infatti, dalla

⁷⁹T. Tridimas, "The General Principles of EU Law", OUP, 2006.

necessità di rispettare i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza e pubblicità e di concorrenza, che sono principi generali.

In aggiunta, occorre ricordare l'importanza del principio di effettività e del principio del legittimo affidamento. Se, infatti, come poi si vedrà, quest'ultimo principio è spesso invocato da parte di chi sostiene che non ci sia e non ci debba essere un obbligo di gara, è d'uopo ricordare come, in realtà, esso non faccia venire meno la necessità di introdurre una procedura di evidenza pubblica per scegliere tra più candidati.

I principi generali del diritto europeo, che godono di effetto diretto verticale e orizzontale⁸⁰, sono un utile strumento d'interpretazione: in base, infatti, al principio di gerarchia delle fonti, laddove una misura del diritto dell'Unione debba essere interpretata, occorre dare preferenza ad un'interpretazione che la renda compatibile il più possibile con i Trattati e con i principi generali.⁸¹ Essi, inoltre, derivando direttamente dai Trattati, condividono lo status degli stessi, e sono pertanto da considerarsi parte integrante del diritto primario.⁸²

Vale, altresì, la pena ricordare che, com'è stato menzionato sopra, tutte le misure nazionali che, in ambito di mercato interno, sono giustificate sulla base di una deroga

⁸⁰Cfr. Nota 94 *supra*.

⁸¹*Ibid.*; Causa C-218/82, *Commissione c Consiglio* [1983] ECR 4063, par 15; Causa C-314/89, *Rath* [1991] ECR I-1647 par 17.

⁸²Cfr. Nota 94 *supra*.

espressa o di un'esigenza imperativa d'interesse generale⁸³, superano il test della Corte solamente se non violino i diritti fondamentali⁸⁴ e, in aggiunta, i principi generali.⁸⁵

I principi generali, oltre ad essere una delle fonti dei diritti fondamentali⁸⁶, sono, tuttora, insieme alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la porta attraverso cui i diritti codificati all'interno della CEDU, entrano nell'ordinamento giuridico dell'Unione.⁸⁷

1.12. Il principio di eguaglianza

Il principio di eguaglianza, inteso sia come principio di non-discriminazione sia come principio di parità di trattamento, rappresenta l'ossatura stessa del diritto dell'Unione Europea. In modo specifico, esso, nella sua specifica accezione di principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, è alla base, come evidenziato sopra, di tutta la disciplina del mercato interno.⁸⁸ Tale principio costituisce, quindi, il primo

⁸³Causa C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH c Bauer Verlag* [1997] ECR I 3689; Causa C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c Troostwijk GmbH*;

⁸⁴Causa C-260/89, *ERT* [1991] ECR I-2925

⁸⁵Cfr. Nota 94 *supra*, pag. 38

⁸⁶Cfr. Art 6 TUE.

⁸⁷Cfr. Nota 94, *supra*.

⁸⁸*Ibid.*, pag 60.

vero argine al potere dello Stato di regolamentare e di tassare.⁸⁹ Inoltre, il principio di eguaglianza è un vero e proprio diritto fondamentale.⁹⁰

Esso obbliga le istituzioni dell'Unione e gli Stati Membri, quando implementano o agiscono nella sfera di applicazione del diritto europeo. In alcune circostanze, come nei casi di divieto di discriminazione sulla base della nazionalità⁹¹ o, di divieto di condotta anticoncorrenziale⁹², esso obbliga persino le persone fisiche e le persone giuridiche.⁹³ In base al principio di eguaglianza, inoltre, uno Stato Membro non può invocare una giustificazione per inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, facendo affidamento sul fatto che la stessa violazione è commessa da altri Stati Membri.⁹⁴

Come riportato dallo stesso Tridimas, lo stretto rapporto che sussiste, inoltre, in campo economico, tra principio di eguaglianza e concorrenza, è stato evidenziato, dall'Avvocato Generale Tesouro⁹⁵: *“il principio di parità di trattamento è fondamentale non solo perché è una pietra angolare del sistema giuridico contemporaneo, ma anche per una ragione ancora più specifica: il diritto dell'Unione Europea riguarda, in*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Si veda la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁹¹ Causa C-281/98, *Angonese*; Causa 36/74, *Walrave e Koch c Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405; Causa 13/76, *Donà c Mantero* [1976] ECR 1333

⁹² Articoli 101 e 102 TFUE

⁹³ Cfr. Nota 94, *supra*.

⁹⁴ *Ibid.*; Causa 52/75, *Commissione c Italia* [1976] ECR 277, par 11; Causa 78/76, *Steinike und Weinlig c Germania* [1977] ECR 595.

⁹⁵ Causa C-63/89, *Assurances du Credit c Consiglio e Commissione* [1991] ECR I-1799. Par 1289

maniera preponderante, situazioni economiche e attività economiche. Se, in questo campo, regole diverse sono applicate a situazioni simili, il risultato non sarà semplicemente la diseguaglianza di fronte alla legge, ma anche, inevitabilmente, distorsioni della concorrenza, che sono assolutamente inconciliabili con la filosofia fondamentale del mercato interno”.

L'attuale articolo 18 TFUE sancisce il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. L'Avvocato Generale Jacobs illustrò la funzione del suddetto articolo in *Phil Collins*⁹⁶: *“Lo scopo principale del Trattato è quello di raggiungere un'economia integrata in cui i fattori di produzione, così come i suoi frutti, possano circolare liberamente e senza distorsioni, apportando, così, un'allocatione più efficiente delle risorse e una divisione del lavoro migliore. L'ostacolo più grande alla realizzazione di tale obiettivo sono state norme e prassi discriminatorie laddove i governi nazionali proteggevano i propri produttori e lavoratori dalla concorrenza straniera. Nonostante l'abrogazione di norme e prassi discriminatorie potrebbe non essere in sé sufficiente a raggiungere un alto livello di integrazione economica prospettata dal Trattato, è, chiaramente, un prerequisito essenziale”.*

L'articolo 18 TFUE, così come il principio generale in esso contenuto e contenuto all'interno degli articoli del Trattato che disciplinano le libertà fondamentali, gode di effetto diretto verticale⁹⁷ e orizzontale.⁹⁸ In altre parole, le libertà fondamentali

⁹⁶Cause Riunite C-92 e C-326/92, *Phil Collins* [1993] ECR I 5145, par 5163.

⁹⁷Causa 24/86, *Blaizot c Università di Liège* [1988] ECR 379 par 35; *Phil Collins*, par 35.

⁹⁸*Angonese*, par 36; Causa C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association e altri c. Bosman* [1995] ECR I-4921; *Walrave*, paras 15-18; *Donà e Manterp*, paras 17-19.

e l'articolo 18 TFUE hanno agito in maniera complementare per restringere la discrezionalità in capo agli Stati Membri attraverso l'attrazione, nell'orbita del diritto europeo, di situazioni fino ad allora regolate dal solo diritto nazionale.⁹⁹

Il principio di eguaglianza è contenuto, oltre che all'interno dei Trattati, anche all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.¹⁰⁰ Si tratta sempre di diritto di rango primario, proprio in virtù del fatto che, con il Trattato di Lisbona, la Carta è diventata legalmente vincolante e gode dello status dei Trattati. Inoltre, in qualità di principio generale, fa riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.¹⁰¹

1.13. Il principio di effettività

Il principio di effettività, fondamentale per garantire una tutela giurisdizionale efficace ed effettiva, e, attraverso di essa, una protezione altrettanto effettiva dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico europeo e, altresì, l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione, è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia quale principio generale del diritto dell'Unione Europea.¹⁰² Esso richiede che, con l'applicazione, il c.d. *effettivo* del diritto europeo non sia pregiudicato da misure nazionali volte a svuotare il

⁹⁹Cfr. Nota 94, *supra*.

¹⁰⁰Cfr. Articolo 21 della Carta.

¹⁰¹Cfr. Articolo 52 della Carta.

¹⁰²Cfr. Nota 94, *supra*. Cfr., *inter alia*, Cause Riunite C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur c Germania e la Corona c Secretary of State for Transport, ex p factortame* [1996] ECR 1029 par 95.

principio di supremazia e l'effetto diretto delle norme dell'Unione. L'effetto diretto delle direttive, infatti, fu riconosciuto grazie al suddetto principio. Esso, infatti, svolge un ruolo rilevante proprio in virtù del sistema giudiziario decentralizzato all'interno dell'Unione Europea.

Il diritto ad ottenere un rimedio effettivo è riconosciuto anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea¹⁰³, che, pur basandosi sul corrispettivo contenuto all'interno della CEDU, ne estende la protezione garantendo un rimedio effettivo, non solo davanti alle autorità nazionali, ma anche davanti alle corti stesse.¹⁰⁴ E', tuttavia, importante sottolineare come l'art. 47 garantisca una protezione più limitata rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, proprio perché, mentre il primo può essere invocato contro gli Stati Membri quando implementano il diritto europeo, la seconda può essere invocata contro gli stessi quando agiscono all'interno del campo di applicazione del diritto dell'Unione.¹⁰⁵

Un altro aspetto del principio di effettività è rappresentato dal fatto che la violazione dei diritti che discendono dal diritto dell'Unione richiede alla Corti di riconoscere danni e interessi adeguati.

1.14. Certezza del diritto e legittimo affidamento

¹⁰³ Art. 47

¹⁰⁴ Cfr. Nota 94, *supra*.

¹⁰⁵ *Ibid.*

Il principio di certezza del diritto richiede chi deve sottostare alla legge debba conoscere ciò che la legge prescrive, cosicché possa pianificare il proprio agire nel rispetto della stessa. Tale principio assume una rilevanza notevole, soprattutto nel campo del diritto dell'economia: la certezza del diritto riduce costi transattivi e promuove l'efficienza.¹⁰⁶ La protezione delle aspettative legittime è, invece, un'espressione specifica del principio della certezza del diritto, tanto è vero che la Corte di Giustizia non sempre distingue in maniera precisa tra i due.¹⁰⁷

Come messo in luce dallo stesso Tridimas¹⁰⁸, il principio della certezza del diritto richiede, *inter alia*, la piena applicazione del diritto dell'Unione, specialmente quando si tratta di direttive. Infatti, in ambiti coperti dal diritto europeo, le misure nazionali dovrebbero essere rubricate in maniera inequivoca, in modo tale da comunicare in modo chiaro e preciso i diritti e gli obblighi ivi contenuti e da consentire alle corti nazionali di assicurare che quei diritti e quegli obblighi siano rispettati.¹⁰⁹ In particolare, i diritti che derivano dalle direttive debbono essere statuiti in maniera chiara, cosicché i cittadini possano comprendere a pieno.¹¹⁰ In aggiunta, una misura nazionale che si riveli non trasparente e che dia adito a incertezza nel momento in cui

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Cfr. Nota 94, *supra*.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Causa 29/84, *Commissione c Germania* [1985] ECR 1661; Causa 143/83, *Commissione c. Danimarca* [1985] ECR 427; Causa 363/85, *Commissione c Italia* [1987] ECR 1733; Causa C-120/88, *Commissione c Italia* [1991] ECR I-621; Causa C-119/92, *Commissione c. Italia* [1994] ECR I 393.

¹¹⁰ *Ibid.*

essa venga applicata, può essere considerata quale restrizione alla libera circolazione.¹¹¹

Il principio della certezza del diritto viene in rilievo anche per garantire unità e coerenza all'ordinamento giuridico dell'Unione.¹¹²

Per quanto riguarda, invece, la protezione delle aspettative legittime, occorre dire che gioca un ruolo importante soprattutto nel caso in cui si tratti di una misura retroattiva.¹¹³ In altri contesti, esso viene in rilievo solamente qualora sia stata l'Unione stessa a creare una situazione che abbia sollevato un'aspettativa legittima¹¹⁴, o attraverso una norma precedente¹¹⁵ o attraverso il comportamento delle istituzioni.¹¹⁶ In altre parole, il principio di tutela delle aspettative legittime può essere sollevato per assicurare che tutte quelle situazioni e relazioni create, legalmente, dall'UE, non siano pregiudicate in una maniera tale che non avrebbe potuto essere prevista da una persona diligente.¹¹⁷

E' d'uopo, altresì, ricordare che gli operatori economici non possono vantare alcun diritto acquisito che le condizioni attuali di mercato rimangano le stesse nel

¹¹¹Causa C-118/96, *Safir* [1998] ECR I 1897.

¹¹²Cfr. Nota 94, *supra*.

¹¹³Si tiene conto della data di pubblicazione e non di quella di adozione. Se la misura in questione entra in vigore in un momento successivo alla data di pubblicazione, non sarà, ovviamente, da considerarsi retroattiva.

¹¹⁴Causa C-177/90, *Kuhn c Landwirtschaftskammer Weser-Ems* [1992] ECR I 35 par 14.

¹¹⁵Causa 74/74, *CNTA* [1975] ECR 533; Causa C-152/88, *Sofrimport c Commissione* [1990] ECR I-2477.

¹¹⁶Causa 127/80, *Grogan c Commissione* [1982] ECR 869; Causa 289/81, *Mavridis c Parlamento* [1983] ECR 1731 par 21.

¹¹⁷Causa C-63/93, *Duff c Minister for agriculture and Food*.

tempo, visto che l'Unione Europea deve poter rispondere alle sfide e ai cambiamenti dettati dalla situazione economica.¹¹⁸ Non vi è alcun diritto, inoltre, dei prestatori di servizi di conservare una situazione esistente che potrebbe essere alterata dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio della loro discrezionalità.¹¹⁹

Non solo le istituzioni dell'Unione, ma anche gli Stati Membri, quando agiscono nell'ambito del campo di applicazione del diritto europeo, sono obbligati dal principio di certezza del diritto e di aspettative legittime. Come ricordato sopra, infatti, il principio di certezza del diritto impone agli Stati Membri certe condizioni nella maniera e nella forma d'implementazione delle norme; il principio del rispetto delle legittime aspettative impone una compressione della facoltà di adottare misure implementative aventi effetti retroattivi.¹²⁰

1.15. Libertà d'impresa

Ai fini di una trattazione completa del tema oggetto del presente lavoro, è d'uopo un riferimento, seppur non esaustivo, alla libertà d'impresa, che, oltre ad essere un principio generale del diritto europeo, è anche un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta.¹²¹ Può sembrare strano che quest'ultima sia il primo strumento

¹¹⁸Cfr. Nota 94, *supra*.

¹¹⁹*Ibid.*

¹²⁰*Ibid.*

¹²¹Art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali. Sulla Carta, in generale, si veda, *inter alia*, L.S.Rossi, La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona, in Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino, Giappichelli 2011, e, altresì,

giuridicamente vincolante a menzionarlo esplicitamente all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE.

I Trattati, ad esempio, non lo contengono. Ciò potrebbe essere considerato come un'estrema incoerenza di fondo con gli obiettivi dell'ordinamento giuridico europeo.¹²² Tuttavia, sia la Corte di Giustizia sia la Corte EDU hanno fatto riferimento all'art. 1 del Protocollo alla CEDU sulla protezione della proprietà privata come base da cui estrapolare i principi che proteggono l'iniziativa economica.

La Carta dei Diritti Fondamentali stabilisce che tale libertà deve essere esercitata senza alcun pregiudizio per il diritto europeo e per il diritto e la prassi degli ordinamenti nazionali. Infatti, la Carta non fa altro che dare maggiore visibilità ai diritti fondamentali e sottolinea l'importanza di una loro protezione.

Il diritto alla libera iniziativa economica costituisce una salvaguardia non solamente della libertà individuale, ma anche dei benefici che derivano dal libero mercato.¹²³ L'articolo 16 della Carta, infatti, non protegge la posizione soggettiva degli individui in quanto tali. In altre parole, ciò che sembra sostenibile è che questo articolo tutela anche tutti i benefici economico-sociale che derivano da un sistema competitivo e

L.S. Rossi, Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE , in *Le scommesse dell'Europa, Diritti, Istituzioni, Politiche, a cura di G Bronzini, F Guarriello, V Piccone, Roma 2009.* Sul punto, invece, si veda A. Usai, *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social and Political Integration*, *German Law Journal*, 14 (9) 2013, disponibile su http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No9/14.9.10_Usai_Business%20Freedom.pdf.

¹²²Art. 3(3) TUE.

¹²³Cfr. Nota 136, *supra*.

concorrenziale.¹²⁴ E, giacché un mercato unico e libero apporta sempre dei benefici ai consumatori, il diritto alla libera iniziativa economica potrebbe essere considerato come un nuovo strumento di ulteriore integrazione economica, sociale e politica.

Tale diritto, infatti, potrebbe fungere da acceleratore verso un'unione economica più sviluppata, una politica fiscale comune e una governance economica capace di fare fronte alle turbolenze dei mercati. In aggiunta, è d'uopo ricordare che una sempre maggiore libertà economica porterebbe ad un incremento del benessere per i consumatori. Da un punto di vista dell'integrazione sociale, occorre dire che un sistema più competitivo vedrebbe un aumento dei posti di lavoro e, conseguentemente, della solidarietà. Allo stesso tempo, la libertà d'impresa può anche comportare un'ulteriore integrazione politica.¹²⁵

In generale, i diritti fondamentali, all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, sono stati concepiti come protezione da potenziali violazioni da parte dell'UE. Essi furono lo strumento principe per controbilanciare il principio di supremazia del diritto europeo sul diritto nazionale.¹²⁶ Tuttavia, si può sostenere che, specialmente dopo Lisbona, l'articolo 16 CDFUE dovrebbe essere interpretato alla luce della normativa in materia di cittadinanza europea¹²⁷ e della convergenza delle libertà fondamentali. In altre parole, questo articolo può essere utilizzato non solo come

¹²⁴*Ibid.*

¹²⁵*Ibid.*

¹²⁶Bundesverfassungsgericht BVerfG-Federal Constitutional Court, Causa No. 2 BvR 197/83, Ottobre 22, 1986, 73 BVERFGE 339 (Solange II).

¹²⁷A. Von Bogdandy, M. Kottmann, C. Anthpohler, J. Dikschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *Reverse Solange-Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, 49 (2) CMLR, 2012.

limitazione alle competenze dell'Unione, ma anche come limitazione dei poteri degli Stati Membri. Esso gode anche di applicazione diretta orizzontale.

Il diritto alla libera iniziativa economica è sottoposto, comunque, ad alcune limitazioni: in *Nold*¹²⁸, ad esempio, la Corte stabilì che tale diritto non poteva intendersi come assoluto, ma doveva sottostare al limite del pubblico interesse, nonostante, comunque, la sostanza di tale diritto non dovesse risultarne compromessa. Lo stesso approccio venne seguito dalla Corte in altri casi. In *Spagna e Finlandia c. Parlamento e Consiglio*¹²⁹, la Corte statuì che il diritto alla libera iniziativa economica non è un diritto assoluto, ma può essere sottoposto a limiti o restrizioni, ammesso che due condizioni siano soddisfatte: la restrizione in questione deve proteggere l'interesse generale in maniera proporzionata e non deve compromettere la sostanza del diritto. E' d'uopo sottolineare come, tra gli interessi generali che possono trovare protezione, è stata riconosciuta anche la concorrenza e i diritti di proprietà intellettuale.¹³⁰

Sarebbe però errato considerare il diritto della concorrenza come una possibile limitazione all'articolo 16 della Carta, visto che, così come il diritto alla libera iniziativa economica non protegge posizioni soggettive in sé, gli articoli 101 e 102 TFUE non tutelano i concorrenti, ma la concorrenza in quanto processo e in quanto efficienza. In altre parole, si può sostenere che lo scopo dell'articolo coincida con quello del diritto della concorrenza e che il secondo possa servire a rinforzare il primo. Infatti, non ci sarebbe alcun diritto alla libera iniziativa economica senza diritto della concorrenza.

¹²⁸Causa 4/73, *Nold*

¹²⁹Cause Riunite, C-184/02 e C-223/02, *Spagna e Finlandia c. Parlamento e Consiglio*;

¹³⁰ Causa C-200/96, *Metronome Musik GmbH c Music Point Hokamp GmbH*, 1998 ECR I 1953, par 26.

Stesso discorso può essere sviluppato per le libertà fondamentali, le quali non possono essere considerate come deroghe al diritto alla libera iniziativa economica. Come, infatti, ricordato dall'Avvocato Generale Trstenjak¹³¹, non ci può essere una relazione di tipo gerarchico tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, proprio perché, sia da un punto di vista della struttura sia del contenuto, essi sono entrambe caratterizzati da una certa convergenza.¹³²

Il diritto alla libera iniziativa economica, com'è stato detto sopra, può essere utilizzato quale strumento atto a rinforzare l'integrazione economica, sociale e politica nell'Unione. Da un punto di vista economico, infatti, potrebbe rinforzare il diritto della concorrenza¹³³, anche perché, come detto prima, si può sostenere che entrambi condividano lo stesso scopo. Per quanto riguarda le libertà fondamentali, l'articolo 16 potrebbe altresì rinforzare il riconoscimento dell'effetto diretto orizzontale delle libertà stesse e delle direttive, nonché fungere da limite sulla capacità, da parte degli Stati Membri, di creare ostacoli nel mercato interno.¹³⁴

¹³¹Conclusioni dell'Avvocato Generale a Causa C-271/08, *Commissione c Germania*.

¹³² Si veda V. Skouris, *Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 3 *DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG* 59, 89–97 (2006); S. Prechal & S.A. De Vries, *Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht*, in 1 *SOCIAAL-ECONOMISCHE WETGEVING: TIJDSCHRIFT VOOR EUROPEES EN ECONOMISCH RECHT* 425, 434–35 (2008) (dove si sostiene che un conflitto tra diritti fondamentali e libertà fondamentali può spesso essere riformulato come un conflitto tra due diritti fondamentali).

¹³³Cfr. Nota 136, *supra*.

¹³⁴Sull'effetto diretto delle libertà e delle direttive, si veda l'articolo citato alla nota 136, *supra*; sulla possibilità da parte degli Stati di porre in essere misure atte a ostacolare le varie forme di libera circolazione, si veda, *inter alia*, Causa C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels v. Schmidt*, 2006 E.C.R. I-

Ne consegue che, per quanto riguarda i servizi che sono resi su spazi in concessione o autorizzazione, l'articolo 16 della Carta non protegge alcun tipo di "diritto acquisito" di imprese o prestatori di servizi che si ritrovino ad esercitare un'attività economica su un'area ottenuta senza alcuna procedura di evidenza pubblica. Esso tutela, invece, tutti quei soggetti che si vedono impossibilitati ad ottenere l'accesso al bene per la mancanza di una procedura di evidenza pubblica che rispetti i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, pubblicità e di concorrenza.

Conclusioni

Alla luce delle considerazioni effettuate, si può pertanto concludere che, alle attività economiche che sono oggetto del presente lavoro, qualificabili, ai sensi del

2093. In questa causa la Corte sembra estendere l'applicazione dell'articolo 30 TFUE a casi in cui non è così certo se vi sia una circolazione di beni tra Stati. Ciò che era certo era che il commerciante si era mosso. Si tratta di una nuova libertà, ossia della libera circolazione dei commercianti? Anche se un tale approccio non è stato riproposto, le libertà fondamentali debbono comunque essere interpretate alla luce della cittadinanza europea, visto che essa è destinata a diventare lo status fondamentale nell'Unione. Per questo motivo non sarebbe strano sostenere l'esistenza di una libera circolazione dei commercianti. Per quanto riguarda il dibattito in merito all'accesso al mercato, si veda J. Snell, *The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan?*, 47 CMLR. 437 (2010), dove l'autore critica aspramente l'utilità del test in questione. Lungi dall'approfondire in maniera esaustiva il discorso che ruota attorno all'accesso al mercato. Tuttavia, ciò che varrebbe la pena menzionare è che tale test è stato utile nell'apportare convergenza tra le libertà fondamentali e può altresì essere utile nell'apportare un approccio maggiormente economico alle norme in materia di mercato interno.

diritto primario, come servizi, e ricomprese all'interno dell'art. 49 TFUE, risulta applicabile tutto il *corpus* giurisprudenziale in materia di Libertà di Stabilimento. Va da sé che, come emergerà in maniera più dettagliata dal prossimo capitolo, l'obbligo di gara sussisterebbe anche qualora, per assurdo, la Direttiva "Servizi" non risultasse applicabile ai servizi di cui sopra. Ciò non solo in virtù della normativa in materia di Libertà di Stabilimento, ma anche in virtù dei principi generali del diritto europeo che da essa discendono, e, altresì, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che tutela la Libertà d'impresa.

CAPITOLO SECONDO

Il diritto secondario. Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi tra Direttiva “Bolkestein”, Direttive in materia di Appalti Pubblici e Direttiva Concessioni

Parte I

Servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione e Direttiva 2006/123/CE.

Introduzione

Per una migliore comprensione della problematica, si rende pertanto necessaria una profonda disamina dell'azione normativa esercitata dal diritto secondario sulla regolamentazione dei servizi che sono offerti su spazi in concessione o in autorizzazione. Per cominciare, si analizzerà l'impatto della Direttiva “Servizi”¹³⁵, poi delle direttive in materia di appalti pubblici¹³⁶ e, infine, della c.d. “Direttiva Concessioni”¹³⁷.

¹³⁵ Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno [Gazzetta Ufficiale L 376 del 27.12.2006].

¹³⁶ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE [Gazzetta Ufficiale L 94/65 del 28 marzo 2014]; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto

D'altronde, nell'ordinamento giuridico europeo, l'adozione di direttive, proprio perché qualificate come fonti-scopo del diritto, ha spesso costituito un riordino, se non una mera codificazione, delle sentenze delle corti europee.¹³⁸ Nondimeno, come dimostrato soprattutto dalla genesi e dai problemi interpretativi che sono scaturiti dalla Direttiva 2006/123/CE, sia l'adozione sia l'applicazione di testi normativi, spesso solo apparentemente semplici o di facile implementazione, hanno destato forti opposizioni di natura politica ed economica.

Com'è stato espresso da Hatzopoulos¹³⁹, la legislazione europea in materia di Libera Prestazione di Servizi, può classificarsi in due ampie categorie: regole relative alla libera circolazione delle persone, siano essi prestatori o fruitori di servizi, e regole relative alle condizioni d'accesso, di esercizio o regole relative alla responsabilità, appartenendo a questa seconda tipologia caratteristiche determinanti che sono proprie del servizio in se stesso. Per quanto poi attiene alle regole concernenti il diritto di circolare e di soggiornare, diritti che erano ben presenti sin dai primi momenti di

degli enti erogatori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la Direttiva 2004/17/CE [Gazzetta Ufficiale L 94/243 del 28 marzo 2014].

¹³⁷ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti in concessione [Gazzetta Ufficiale L 94/1 del 29 marzo 2014]

¹³⁸ Tale affermazione è confermata dalla stessa Direttiva "Servizi", la quale, come si esaminerà più avanti, altro non fa che codificare la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di Libertà di Stabilimento e di Libera Prestazione di Servizi. Sul punto, si veda anche C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

¹³⁹ V. Hatzopoulos, "Regulating Services in the European Union", (OUP 2012)

costituzione dell'allora CEE, furono poi codificate dalla direttiva 2004/38/CE.¹⁴⁰ Inoltre, la Corte di Giustizia sviluppò negli anni seguenti una folta casistica giurisprudenziale che riconosceva come gli aggiuntivi diritti derivanti dalla cittadinanza europea trovassero la propria fonte di produzione direttamente nel Trattato.¹⁴¹

Per ciò che attiene alla Libera circolazione dei Servizi invece, la dottrina è concorde nel riconoscere uno sviluppo piuttosto frastagliato e asistematico della regolamentazione europea in materia, proprio in quanto le istituzioni europee e in particolare la Commissione, adottarono dapprima un approccio di tipo settoriale, provvedendo a regolamentare tanti settori¹⁴² quanti erano gli obiettivi che essa stessa si era prefissata. In un secondo tempo invece, fu adottato un approccio maggiormente orizzontale¹⁴³ ma, per sua stessa natura, limitato nel proprio campo d'applicazione.

Se, quindi, l'Unione iniziò a comprendere l'importanza di una completa, anche se graduale liberalizzazione dei servizi già nei primissimi anni di vita del Trattato, tuttavia, vista, da un lato, la delicatezza della materia e, visto, dall'altro, il crescente peso economico che il settore terziario avrebbe acquistato, si può facilmente comprendere il perché l'Unione Europea non sia riuscita nell'intento di tenere un approccio di tipo sistematico nel suo progressivo interessarsi al mercato dei servizi.

¹⁴⁰Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

¹⁴¹ Cfr. C. Barnard, "The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

¹⁴² Si pensi, ad esempio, al settore dei trasporti, servizi finanziari o servizi di rete.

¹⁴³ Uno fra tutti, il mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali.

Tuttavia, come poi sarà messo in luce nella parte di questo capitolo dedicata alla Direttiva “Bolkestein”, non appare poi del tutto pacifico, da un punto di vista strettamente teorico, che essa possa vantare un approccio del tutto orizzontale nei confronti del mercato dei servizi. Perlomeno se per direttiva “Bolkestein” intendiamo il testo finale e non la proposta del 2004. Anche nella prima “versione”, infatti, numerose erano le eccezioni e le esclusioni d’interi settori cui non era possibile applicare la direttiva, come, ad esempio, il settore dei trasporti.

La seconda bozza, però, ossia quella più edulcorata “grazie” alle centinaia di emendamenti votati dal Parlamento Europeo, è un documento frutto del compromesso politico e dell’incapacità delle istituzioni europee (in particolare della debolezza della Commissione) di imporsi sui partiti e sui governi degli Stati Membri in favore di una completa liberalizzazione del mercato dei servizi.¹⁴⁴

Nonostante si tenda a classificare gli approcci regolamentari in materia di servizi in approccio “orizzontale” e approccio “verticale” o “settoriale” che dir si voglia, un’altra modalità di classamento, come evidenziato da Hatzopoulos, riconosce sette diverse tipologie¹⁴⁵, tra cui merita menzione la protezione dei consumatori, avvalorata tra le competenze autonome dell’Unione. In questa materia si è sempre legiferato, indipendentemente dalla Libera Circolazione dei Servizi.¹⁴⁶ Ciò nonostante, non si può

¹⁴⁴ In questo studio si sostiene che la Commissione avrebbe potuto e dovuto imporsi, illustrando i benefici economici e sociali che una completa liberalizzazione del mercato dei servizi avrebbe comportato.

¹⁴⁵ Le tipologie sono: protezione dei consumatori, trasporti, riconoscimento delle qualifiche professionali e delle esperienze lavorative, liberalizzazione dei servizi finanziari di base, liberalizzazione dei servizi di rete, servizi IT e regole generali facilitanti i servizi.

¹⁴⁶ Titolo XV TFUE, competenza concorrente.

tralasciare il fatto per cui la protezione dei consumatori, non solo quale parametro giurisprudenziale, ma anche quale parametro legislativo da adottarsi all'interno delle fonti di diritto secondario, si riveli una delle politiche più importanti per lo sviluppo e l'implementazione della Libera Circolazione dei Servizi.¹⁴⁷

Il vero problema, in questo caso, consiste nel fatto che, almeno per il momento, nessun giudice nazionale ha sollevato alcun rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia. Se ciò fosse accaduto, infatti, non ci sarebbe alcun problema di tipo interpretativo e, per quanto attiene all'oggetto del presente lavoro, una pronuncia della Corte fungerebbe da deterrente nei confronti di tutte quelle associazioni di categoria che, invocando una di certo non possibile "deroga" dalla direttiva, non fanno altro che delegittimare il sistema e paralizzare la realizzazione del mercato interno dei servizi.

¹⁴⁷Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali *Gazzetta ufficiale n. L 372 del 31/12/1985 PAG. 0031 - 0033* ; Direttiva 97/7 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»); Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; Direttiva 2005/29/CE, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e il regolamento (CE) n. 2006/2004 (direttiva sulle pratiche commerciali sleali).

Queste direttive seguono un approccio di tipo orizzontale, quindi più generico. Sempre in materia di protezione dei consumatori, sia sufficiente segnalare la presenza di direttive che seguono invece un approccio di tipo settoriale.

Per quanto riguarda le Direttive in materia di appalti pubblici, come poi emergerà in maniera ancora più evidente dalla trattazione, occorre dire che, sebbene l'istituto dell'appalto sia ben distinto da quello della concessione o dell'autorizzazione, i principi generali che sottendono ad entrambi i settori disciplinari, sono i medesimi. Sarà, pertanto, utile verificare quale sia l'impatto dei principi in materia di appalti pubblici sui servizi che sono offerti su spazi in concessione o autorizzazione.

Per quanto attiene invece alla tanto temuta Direttiva "Concessioni", sembrerebbe che le concessioni demaniali marittime risultino escluse dallo scopo applicativo della direttiva. Due sono le precisazioni che, in questa sede, occorre anticipare, ma che, successivamente, saranno oggetto di approfondimento all'interno del presente capitolo: la prima riguarda il fatto per cui la Direttiva "Concessioni" si applica a quelle che, secondo il diritto europeo, sono considerate concessioni di servizi, mentre, al contrario, le concessioni demaniali marittime, non potrebbero considerarsi, almeno apparentemente, come concessioni di servizi, ma necessariamente come autorizzazioni secondo il diritto europeo o come concessioni di beni secondo il diritto nazionale.

In caso, invece, di non applicabilità della Direttiva "Concessioni", quindi, le concessioni oggetto del presente lavoro rimarrebbero comunque disciplinate dal diritto primario e dalla Direttiva "Servizi". Nel caso, invece, di applicabilità della Direttiva "Concessioni", l'effetto pratico, ossia l'obbligo di gara discenderebbe dalla stessa, in combinato disposto con il diritto primario e la Direttiva 2006/123/CE.

La seconda precisazione è che il suddetto testo normativo prevede delle soglie applicative che fanno riferimento al fatturato delle attività che sono oggetto di concessione. Queste soglie di riferimento, il raggiungimento delle quali è condizione

sine qua non di applicabilità delle norme ivi contenute, renderebbe la direttiva concessioni *de facto* inapplicabile alle concessioni che sono oggetto della presente ricerca.

2.1.1. La Direttiva 2006/123/CE e l'ambizione di completare l'ancora frammentato mercato dei servizi.

Per meglio comprendere l'impatto della Direttiva "Servizi" su tutti quei servizi che sono offerti su spazi in concessione o autorizzazione, è d'uopo porre in rilievo l'estrema importanza rivestita dal summenzionato strumento normativo per il completamento del mercato interno del terzo settore, nel contesto dell'ordinamento giuridico europeo.¹⁴⁸ Tuttavia, nonostante, da un lato, il progetto di cui tale direttiva si faceva carico potesse apparire alquanto ambizioso, sia nello scopo, sia nei metodi, dall'altro lato, è doveroso ricordare, com'è stato affermato sopra, che il diritto secondario, direttive *in primis*, ha spesso la funzione di evidenziare i principi già contenuti nel diritto primario¹⁴⁹ e di codificare la giurisprudenza della Corte di Giustizia.¹⁵⁰

Ciò nonostante, come apparirà in maniera sempre più evidente nei paragrafi seguenti, l'adozione della direttiva "Bolkestein" ha scatenato e continua a scatenare proteste da parte di tutti quei soggetti che più risultano intaccati nei propri privilegi e

¹⁴⁸La Direttiva 2006/123/CE fu pensata proprio per abbattere, attraverso una strategia orizzontale, tutte le barriere all'entrata presenti nel mercato interno dei servizi.

¹⁴⁹ Cfr. C. Barnard, "Employment Law" (OUP, 2012), in riferimento alla direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori.

¹⁵⁰*Ibid.*

nelle proprie rendite di posizione. Tale situazione può e deve sembrare paradossale, proprio in virtù di quanto sopra esposto.

Se, infatti, la Direttiva 2006/123/CE non fa altro che porre l'accento su ciò che già era ed è contenuto nei Trattati e nella giurisprudenza europea, le proteste e le manifestazioni che sono state organizzate da parte, ad esempio, degli operatori balneari, invocando addirittura una deroga (sic) dall'applicazione della direttiva, essi non sembrano aver colto che, in realtà, l'obbligo imposto dalla direttiva, in capo agli Stati Membri, di introdurre procedure di selezione di tipo comparativo tra più candidati, ove il numero delle autorizzazioni si riveli scarso, non trova tanto la propria fonte nel diritto secondario, quanto, come evidenziato sopra, nelle disposizioni in materia di Libertà di Stabilimento e di Libera Prestazione di Servizi del diritto primario, e nella giurisprudenza. Pertanto, il *verodiscrimen* tra Trattati e giurisprudenza da un lato, e Direttiva dall'altro, risiede nel fatto che quest'ultima è volta ad una chiarificazione e ad un'evidenziaturadi quanto i primi già prescrivono.

La ragione di tale conflitto sembra risiedere proprio nella difficoltà, da parte dell'Unione Europea, di regolare in maniera coerente e sistematica il mercato dei servizi.¹⁵¹ Se, infatti, la Libera Prestazione di Servizi è stata da sempre considerata come la “cenerentola” delle libertà fondamentali¹⁵² è dovuto principalmente alla natura particolare dei servizi in quanto tali, ovverossia dalla natura astratta e di per sé sfuggevoli ad un inquadramento sistemico. A conferma di ciò, è d'uopo precisare che,

¹⁵¹ Cfr. V. Hatzopoulos, “Regulating Services in the European Union”, (OUP, 2012)

¹⁵² Cfr. F. Bolkenstein, prefazione a S. D'acunto, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): Genesi, obiettivi, contenuti*, (Giuffrè, 2009).

data l'enorme presenza di barriere alla Libera Circolazione delle Merci, dei Capitali e delle Persone, non sarebbe stato realistico pretendere che i servizi, proprio in quanto meno concreti e più capillarmente diffusi rispetto a beni e persone, potessero essere liberalizzati prima di beni, capitali, persone.

Nonostante quanto esposto sopra, l'economia europea si configurava, nel tempo, sempre più basata sui servizi. Come ricorda lo stesso Hatzopoulos¹⁵³, il primo vero tentativo di abolizione degli ostacoli e delle restrizioni al mercato dei servizi arrivò con il "Programma Generale per l'Abolizione degli Ostacoli e delle Restrizioni alla Libera Circolazione dei Servizi"¹⁵⁴, nel 1962. Tuttavia, tale strumento non si rivelò efficace, proprio in virtù della natura giuridicamente non-vincolante dello stesso. Infatti, esso fu adottato in seguito al c.d. "periodo di transizione" rispetto alla realizzazione del mercato interno e altro non poteva dirsi se non una sorta di lista di "disposizioni" da implementare per raggiungere il completamento del mercato unico.

L'implementazione del summenzionato programma non fu tuttavia risolutiva, visto il requisito dell'unanimità in Consiglio e del c.d. "compromesso di Lussemburgo". Nondimeno, la maggioranza delle idee ivi contenute, fu poi inserita all'interno del

¹⁵³Cfr. nota 167*supra*.

¹⁵⁴*Programma generale per l'abolizione delle restrizioni in materia di libera prestazione dei servizi* [1962] OJ 2/32; OJ Spec. Ed Serie II Volume IX p. 3.

“Piano di Azione per il Mercato Unico”¹⁵⁵ del 1997, che aveva portato al completamento del mercato interno nel 1992.¹⁵⁶

Fu quindi evidente che l’Unione Europea fosse in procinto di regolare il mercato dei servizi in maniera sistematica. Dopo un periodo in cui la Commissione aveva adottato un approccio di tipo “settoriale”¹⁵⁷, venne preferita una modalità di tipo “orizzontale”: la prima bozza di Direttiva “Servizi”, del 2004, fu poi sostituita da quello che in seguito sarebbe diventato il testo finale della direttiva “Bolkestein”, ossia la bozza del 2006. Ciò fu dovuto, principalmente, alle numerose proteste provenienti da imprese e associazioni di imprese, le quali sostenevano che il “Principio del Paese d’Origine” (“PPO”)¹⁵⁸ avesse come conseguenza la distruzione delle PMI.

¹⁵⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, Piano d’Azione per il Mercato Unico, SEC(97) 1 final;

¹⁵⁶ Il Completamento del mercato unico: Libro bianco della Commissione al Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985), COM(85) 310, 14.6.1985;

¹⁵⁷ Inizialmente fu preferito un approccio di tipo settoriale. Solo in un secondo momento si ritenne opportuno procedere con uno strumento normativo di tipo orizzontale, volto all’eliminazione di tutte le barriere che ancora intrappolavano il mercato dei servizi in quanto tale.

¹⁵⁸ Il PPO consisteva nell’applicare la legge del Paese d’origine ai prestatori di servizi che avrebbero esercitato la loro libertà di movimento da uno Stato A ad uno Stato B. Il fatto che gli Stati membri avrebbero dovuto rinunciare a normare le summenzionate attività economiche contribuì al sorgere di numerose proteste, specialmente da parte di associazioni sindacali e associazioni di imprese. I principali timori erano dovuti al rischio eventuale di dumping sociale e concorrenza sleale (sic). In Francia, ad esempio, fu sostenuto che gli idraulici polacchi avrebbero invaso il mercato francese costringendo i loro colleghi francesi ad abbandonare la loro attività. In Italia, invece, ci sono stati e, ancora permangono, timori riguardanti l’introduzione di procedure selettive ex art. 12 della Direttiva “Servizi”

Una delle ragioni maggiormente indicative sulla motivazione per cui il mercato dei servizi si sia sviluppato in maniera così frammentata e asistemica, è dovuta al fatto che la Commissione iniziò a regolare i servizi attraverso strumenti normativi di natura settoriale.¹⁵⁹ Ciò fu senz'altro giustificato dal fatto per cui la Commissione era inizialmente interessata, per quanto atteneva al mercato dei servizi, a una gamma alquanto ristretta di obiettivi. Solo in un momento successivo l'importanza del terzo settore divenne sempre più evidente.

Di conseguenza, si ritenne via via necessaria l'adozione di un approccio di tipo orizzontale.¹⁶⁰ Se quindi, da un lato, un'azione di tal natura si rendeva sempre più necessaria, dall'altro, una tale modalità di regolamentazione avrebbe paradossalmente comportato che il campo applicativo si sarebbe rivelato più ristretto del previsto. In aggiunta, se, da un lato, era sempre più urgente l'adozione di uno strumento legislativo capace di investire tutte le varie e complesse tipologie di barriere esistenti nel mercato dei servizi, dall'altro lato, l'Unione Europea non riusciva, come poi dimostrò la travagliata genesi della direttiva "Bolkestein", ad approcciarsi in maniera efficace alla regolazione dei servizi. Va altresì detto che difficilmente si potrà definire la Direttiva

nell'assegnazione delle concessioni demaniali turistico-ricreative. Secondo le associazioni di categoria, infatti, i prestatori di servizi italiani vedrebbero meno la loro certezza con il rischio che operatori "stranieri" vincano la procedura e gestiscano le attività economiche che interessano le suddette aree demaniali (sic).

¹⁵⁹ Cfr., *inter alia*, il settore dei trasporti, dei servizi finanziari e dei servizi a rete, tra i primissimi settori ad essere regolati dal diritto europeo.

¹⁶⁰ Prima di arrivare all'adozione della Direttiva "Servizi", si consideri il principio del mutuo riconoscimento applicato ai servizi professionali.

2006/123/CE come propriamente orizzontale; ciò in virtù delle numerose deroghe ed eccezioni che furono poi inserite nel testo finale.

Per quanto attiene la seconda bozza, ad esempio, ciò che appare rimarchevole è il progressivo annacquamento dovuto alle centinaia di emendamenti approvati dal Parlamento Europeo, emendamenti che sono il frutto di un lungo e travagliato negoziato politico. Sembra pertanto il caso di affermare che la ragione principale per cui la proposta originaria fu accantonata, fu proprio l'incapacità delle istituzioni europee di persuadere gli Stati Membri, ovverossia i governi nazionali e i partiti politici, nonché l'opinione pubblica, che un mercato unico dei servizi completo e funzionante avrebbe apportato numerosi benefici.¹⁶¹

Allo stato dei fatti, la Direttiva "Servizi" non sembra potersi considerare come uno strumento efficace, né tantomeno efficiente, attraverso il quale aprire il mercato unico dei servizi. Si potrebbe persino sostenere che essa, viste le numerose deroghe e le numerose eccezioni, nonché la necessità da parte degli Stati Membri di adottare misure implementative che poi non vengono prontamente adottate, possa costituire una sorta di ostacolo alla Libera Prestazione dei Servizi.

Ciò che, infatti, varrebbe la pena domandarsi è il perché la Commissione ebbe bisogno di proporre una direttiva che sembra causare più problemi di quanti in realtà ci si sarebbe dovuti aspettare. In altre parole, potrebbero le disposizioni presenti nei Trattati e la casistica giurisprudenziale della Corte di Giustizia rivelarsi sufficienti per il

¹⁶¹ Il presente lavoro sostiene che la Commissione avrebbe dovuto persuadere gli Stati Membri, la società civile e l'opinione pubblica che dal completamento del mercato unico dei servizi sarebbero scaturiti benefici concreti.

completamento del mercato dei servizi o, in merito al caso oggetto del presente lavoro, imporre agli Stati Membri un obbligo di introdurre una procedura di selezione pubblica per scegliere tra molteplici candidati ove il numero delle autorizzazioni disponibile si riveli limitato a causa della scarsità naturale di spazi? Probabilmente, la risposta sarebbe negativa, in quanto, se è vero che la Direttiva 2006/123/CE non solo non ha apportato nulla di nuovo, ma ha anche suscitato un clamore che è stato più distruttivo che costruttivo, è altresì vero che fondare il completamento del mercato dei servizi sul diritto primario e sulla giurisprudenza solamente, avrebbe comunque richiesto dei tempi lunghi.

Si deve altresì precisare che la Direttiva “Servizi”, nella versione in vigore, non prevede più il PPO e che esso è stato sostituito con il più generico principio di Libertà di Movimento dei Servizi, principio che, come appare evidente dalle disposizioni normative del diritto primario, è già presente nei Trattati.¹⁶² Di conseguenza, ciò che varrebbe la pena domandarsi è quale sia l’effettivo valore aggiunto, sempre che ce ne sia uno, della Direttiva. Se, ad esempio, la Commissione avesse continuato con un approccio di tipo settoriale, adottando direttive *ad-hoc* per i vari settori? Se le istituzioni europee avessero preferito l’adozione di regolamenti, che non necessitano di misure legislative di recepimento e godono di un pieno effetto diretto orizzontale? Tuttavia, le summenzionate alternative non furono ritenute adeguate¹⁶³: per prima cosa, infatti, si sarebbe rivelato costoso negoziare e adottare tante direttive settoriali quanti sono i

¹⁶² Cfr. art. 49 e 56 TFUE

¹⁶³ Cfr. Commission Staff Working Paper Extended Impact Assessment of proposal for a directive on services in the internal market COM (2004) 2 final, SEC (2004) 21, 13.1.2004.

settori di servizi; inoltre, ciò sarebbe stato ancora più difficile proprio per la natura stessa dei servizi, essendo essi un segmento del mercato in costante evoluzione e sviluppo; infine, i negoziati per l'adozione di più direttive settoriali o di regolamenti, avrebbe potuto richiedere troppo tempo.¹⁶⁴ A conferma che le alternative sopra esposte non avrebbero evitato i problemi che poi si sono verificati, sta il fatto che gli strumenti legislativi che rischiano di rivelarsi controversi bisognano di una forte legittimità da parte dell'opinione pubblica. Ciò proprio per evitare che il testo venga annacquato in corso di adozione. Se tale processo distruttivo del testo iniziale si è verificato con la Direttiva "Bolkestein", avrebbe potuto *a fortiori* verificarsi con una serie di direttive settoriali o di regolamenti.

2.1.2. Una prospettiva generale

L'ex Commissario europeo per il Mercato Interno e i Servizi, Michael Barnier, ha affermato¹⁶⁵ che il dibattito relativo all'adozione della Direttiva "Servizi" è stato "ricco, ma tempestoso e perlopiù basato su incomprensioni e ragionamenti semplicistici". Il presente lavoro concorda con il summenzionato giudizio, anche perché il dibattito concernente l'interpretazione e all'implementazione della Direttiva "Bolkestein", che ne è scaturito, si è dimostrato della medesima natura. Barnier, nel criticare la qualità del dibattito, si riferiva in maniera preponderante all'opinione

¹⁶⁴ Come detto sopra, la natura dei servizi è in costante evoluzione. Ne consegue che direttive settoriali o regolamenti non rappresentano la maniera ottimale per regolamentare i servizi, dato che un certo grado di flessibilità è senza dubbio richiesta.

¹⁶⁵ Cfr. la prefazione di M. Barnier al volume C. Ferrari-Breeur (ed.) "La Directive "services" en principe(s) et en pratique", Bruylant, 2011.

pubblica e alla società civile francese.¹⁶⁶ Tuttavia, la presenza di un dibattito di tale natura è riscontrabile anche in altri Stati Membri, tra cui l'Italia, laddove i prestatori di servizi che esercitano la propria attività economica su spazi che sono assegnati in concessione o autorizzazione¹⁶⁷ vedono nella corretta e piena trasposizione degli obblighi presenti nel testo della direttiva un vero e proprio “spauracchio”.

Tra le argomentazioni che hanno accompagnato il dibattito “ricco, ma tempestoso, basato su incomprensioni e ragionamenti semplicistici” vi è il presunto “deficit democratico” dell'Unione europea. Lo scopo del presente lavoro non è quello di analizzare in profondità tale problematica. Tuttavia, è d'uopo richiamarla per meglio comprendere una delle tante argomentazioni alla base delle proteste. Secondo i sostenitori della “non democraticità” dell'Unione, l'ordinamento giuridico europeo mancherebbe di democrazia per una serie di ragioni, tra cui, ad esempio, il motivo per cui tutte le istituzioni europee, eccezion fatta per il Parlamento, non sono elette democraticamente. Da ciò, ne conseguirebbe che gli strumenti legislativi eventualmente adottati dall'Unione, mancando di democraticità, non sarebbero pienamente legittimati.

¹⁶⁶ Probabilmente faceva riferimento ai timori relativi all'idraulico polacco. In Francia, infatti, la Direttiva “Servizi” destava preoccupazione, perché si temeva che ci sarebbe stata un'invasione di lavoratori autonomi dai paesi dell'Est Europa pronti a competere sui prezzi con i professionisti francesi. L'esempio cui si faceva maggiormente riferimento era costituito dall'idraulico polacco.

¹⁶⁷ Ci sono state numerose proteste in Italia da parte, ad esempio, degli operatori balneari. Essi, infatti, chiedevano e chiedono tuttora, che sia loro concessa una deroga (sic) dall'applicazione dell'art. 12 della direttiva. In sostanza si oppongono all'applicazione della Direttiva “Servizi” alle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative.

Tuttavia, la presente ricerca concorda con quanto espresso da autorevole dottrina¹⁶⁸, secondo la quale non vi sarebbe alcun deficit democratico per due ordini di motivazioni: innanzitutto, per quanto attiene al problema della “non democraticità” delle istituzioni europee, va detto che in esse siedono rappresentanti direttamente o indirettamente eletti degli Stati Membri; in secondo luogo, ciò che viene additato come deficit democratico dell’Unione Europea è, piuttosto, un deficit degli Stati Membri, i quali non sono in grado di assorbire le esternalità negative e, conseguentemente, di rispondere alle attuali sfide economico-politiche.

Ne consegue pertanto, e ciò era evidente già nelle proteste riguardanti l’adozione prima e l’implementazione poi della Direttiva “Servizi”, che i governi nazionali tendono a scaricare le responsabilità su Bruxelles sostenendo che l’Unione non sarebbe in grado di prendere decisioni vitali per il futuro politico ed economico dell’Europa. La realtà è, invece, profondamente differente. Gli Stati Membri, infatti, si oppongono a qualsiasi ulteriore trasferimento di poteri ad un livello sovranazionale.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Cfr., *inter alia*, M. P. Maduro, report al Parlamento europeo “A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice”, 2012; Cfr. anche A. von Bogdandy, “I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo” (Editoriale Scientifica, 2011).

¹⁶⁹ Un buon esempio di ciò è costituito dal dibattito se conferire o meno nuove competenze all’Unione per dirigersi verso una vera e propria Unione politica, proprio per essere in grado di rispondere alle sfide del nostro tempo,

Per quanto riguarda i servizi, invece, il presente lavoro sostiene che gli Stati Membri si oppongono a una apertura efficiente del mercato degli stessi.¹⁷⁰ Ciò, infatti, è dimostrato dal dibattito “ricco ma tempestoso e basato su incomprensioni e ragionamenti semplicistici” che ha circondato l’adozione della direttiva “Bolkestein”. Secondo Barnier, nonostante il limite di tempo per trasporre la direttiva fosse già scaduto da tempo¹⁷¹, il risultato dell’impatto di tale strumento normativo potrebbe risultare nel complesso positivo: numerose barriere sono state rimosse e ci sono stati notevoli benefici per le PMI, le quali comunque rappresentano circa il 95% dei prestatori di servizi nell’Unione europea.

Tale giudizio, secondo il giudizio di chi scrive, deve considerarsi alquanto ottimista e risulta difficile poter concordare con esso. Infatti, la genesi tormentata della direttiva ha causato una perdita di legittimità agli occhi dell’opinione pubblica e delle varie autorità. Ciò ha pertanto comportato che l’intero sistema, e, in particolare, l’idea di un mercato unico funzionante, fosse meno credibile e meno legittimata. In altre parole, l’efficacia della Direttiva “Servizi” ne usciva indebolita già prima che essa fosse adottata e implementata. Ciò fu prettamente dovuto al dibattito distruttivo in sede di adozione e alla conseguente differenza tra la proposta di direttiva originale e il testo finale.¹⁷²

¹⁷⁰ Nonostante i Trattati, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la Direttiva “Servizi” e le direttive settoriali, il mercato dei servizi non è stato ancora del tutto completato.

¹⁷¹ 31 dicembre 2009.

¹⁷² V. Hatzopoulos, *Que reste-t-il de la directive sur les services?* CDE 2007

Come ha affermato un già giudice della Corte di Giustizia¹⁷³, l'intera genesi della Direttiva "Bolkestein" fu un totale e progressivo processo distruttivo. Dato che essa affonda le proprie radici all'interno della Strategia di Lisbona, che avrebbe dovuto rendere l'economia europea la più competitiva e la più potente del mondo entro il 2010, il Consiglio Europeo giunse alla conclusione che lo strumento ottimale per raggiungere tale obiettivo sarebbe stata la Direttiva "Servizi". Infatti, essa avrebbe dovuto portare al completamento della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione di Servizi. Ogni tipologia di restrizione o di ostacolo all'accesso e all'esercizio di tale libertà fondamentale avrebbe dovuto essere rimosso. Si trattava di un progetto ambizioso, che è, invece, ancora ben lungi dall'essere realizzato.

Essa ha costituito il primo vero tentativo di implementare, in maniera piena e corretta, le due summenzionate libertà. Il risultato che ne conseguì, però, fu una progressiva distruzione della proposta originaria: ciò che avrebbe dovuto rappresentare lo strumento legislativo più efficace e più efficiente diventò, a detta di autorevole dottrina¹⁷⁴, niente di più che un mero ribadire i principi già enucleati dal diritto primario e una mera codificazione della giurisprudenza della Corte.

2.1.3. Una genesi "tormentata"

La proposta originaria mirava a rinforzare e a sviluppare ulteriormente i principi contenuti nei Trattati e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, come, ad esempio,

¹⁷³ M. Wathelet, "La genèse de la directive "services"" in C. F. Breuer (ed.) "La directive "services" en principe(s) et en pratique" (Bruylant, 2010).

¹⁷⁴ *Ibid.*

il PPO e la cooperazione amministrativa. Com'è già stato menzionato sopra, il Consiglio Europeo¹⁷⁵ mise in evidenza il bisogno di completare il mercato unico dei servizi. Di lì, la Comunicazione della Commissione¹⁷⁶ identificò una gamma di barriere, perlopiù consistenti in restrizioni alla Libertà di Stabilimento e alla promozione e distribuzione dei servizi, che dovevano essere eliminate. L'effetto di tali barriere comportava distorsioni nel mercato.

Questa fu la ragione principale per cui la Commissione lanciò una consultazione pubblica¹⁷⁷, che portò poi alla bozza di direttiva del 2004, a sua volta accompagnata da un *extended impact assessment* che metteva brillantemente in luce quali fossero gli effetti negativi di un mercato dei servizi frammentato. L'esigenza era, pertanto, quella di creare uno strumento legislativo orizzontale che fosse in grado di abbattere le ancora troppo numerose barriere che comportavano una perdita netta di competitività e una frammentazione del mercato. La conseguenza era che lo sviluppo del terziario¹⁷⁸ risultava compromesso.

¹⁷⁵ 24 marzo 2000

¹⁷⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo "Una Strategia per il Mercato interno dei Servizi" COM (2000) 888, 29.12.2000.

¹⁷⁷ Report della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sullo stato del mercato unico dei servizi, presentato al primo passo della Strategia del Mercato Interno dei Servizi, COM (2002) 441, 30.7.2002.

¹⁷⁸ Gli effetti negativi delle barriere al mercato dei servizi si riversavano su commercio e investimenti, lavoro, PMI, innovazione, produttività del lavoro e prezzi al dettaglio. Tali barriere colpivano in egual misura prestatori di servizi e utilizzatori e fu riscontrato che restringevano sia la Libertà di Stabilimento transfrontaliera che la fornitura transfrontaliera di servizi.

Tali effetti negativi dovevano essere eliminati non solamente in virtù dell'importanza vitale del terziario per l'economia europea, ma anche della percentuale relativamente bassa dello scambio di servizi all'interno dell'Unione, se comparato a quello extra-Ue.¹⁷⁹ Furono pubblicati ben due studi¹⁸⁰ sull'impatto della proposta originaria, i quali argomentavano che la Direttiva avrebbe portato ad una crescita dello 0.8% del PIL.

Il processo legislativo che portò all'adozione della Direttiva "Servizi" durò poco meno di tre anni:¹⁸¹ la prima proposta di direttiva fu effettuata nel 2004 e il testo finale fu pubblicato in Gazzetta Ufficiale nel dicembre 2006. La maggioranza degli emendamenti fu approvata durante la prima lettura in Parlamento, nonostante il Comitato delle Regioni e il Comitato Economico e Sociale avessero commentato positivamente quella che era la prima bozza.¹⁸² Dopo la prima lettura, la proposta originaria risultava fortemente ridimensionata nel proprio campo di applicazione, in virtù del fatto che vari settori erano stati esclusi. In aggiunta, il PPO fu eliminato e fu sostituito con il più generico principio di libera prestazione dei servizi.

¹⁷⁹ La Commissione rilevò che lo scambio di servizi intra-UE ammontava a circa il 20% sul totale, mentre lo scambio extra-UE era relativamente più alto, ossia al 28%.

¹⁸⁰ Cfr. CFB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis (2006) e Copenhagen Economics (2005).

¹⁸¹ La proposta di direttiva passò attraverso l'esame di dieci commissioni permanenti all'interno del Parlamento Europeo.

¹⁸² Il Comitato delle Regioni si dichiarò a favore dell'esclusione dei Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG) dal campo di applicazione della direttiva. Si dichiarò comunque favorevole al PPO. Il Comitato Economico Sociale si espresse a favore dell'esclusione dei SIEG e del settore dei servizi audiovisivi proponendo però di posticipare l'applicazione del PPO.

Tuttavia, ciò che rimase della prima bozza fu l'obbligo in capo agli Stati Membri di semplificare le proprie pubbliche amministrazioni e le proprie procedure amministrative che fossero legate, in qualche modo, alla Libera Prestazione di Servizi, l'obbligo di eliminare o esemplificare le procedure di rilascio di autorizzazioni, una lista di requisiti proibiti, l'obbligo di cooperazione tra lo Stato d'origine e lo Stato ospite, il principio di Libera Prestazione di Servizi e di protezione dei consumatori.

2.1.4. Un campo di applicazione più ridotto

Com'è già stato evidenziato poco sopra, una delle caratteristiche più peculiari della Direttiva "Servizi" è proprio il nuovo approccio di tipo orizzontale volto a coprire tutti i settori del terziario, ad eccezione di quelli che sono stati esplicitamente esclusi dal testo. Inoltre, altra particolarità di tale strumento normativo è rappresentata proprio dalla sua *de facto* codificazione della casistica giurisprudenziale della Corte di Giustizia. Per quanto attiene alla pretesa orizzontalità, appare alquanto anomalo il testo contenuto all'interno del "considerando" 33¹⁸³, il quale prevede una lista non esaustiva dei differenti settori di servizi cui la direttiva si dovrebbe applicare. Tale previsione, sicuramente figlia di un lungo e travagliato negoziato e compromesso di natura politica, risulta di poca chiarezza se vista nel contesto di ciò che dovrebbe essere una direttiva orizzontale. Se, infatti, lo scopo è di avere delle disposizioni che siano applicabili orizzontalmente, la *ratio* dovrebbe essere quella *dell'opting-out* che evidenzia i settori eventualmente esclusi.¹⁸⁴

¹⁸³ Cfr. considerando 33

¹⁸⁴ Cfr. S. D'Acunto, *Direttiva servizi (2006/123/CE): Genesi, Obiettivi, Contenuti*, (Giuffrè, 2009).

Precisato ciò, vale la pena menzionare che la direttiva si applica a tutte le relazioni tra imprese e tra imprese e consumatori di servizi.¹⁸⁵ In aggiunta, appare d'uopo ricordare che la ragione principale per cui risultò necessaria l'adozione di una direttiva orizzontale affonda le proprie radici nel fatto che le restrizioni all'accesso e all'esercizio di Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi erano comuni ai seppur differenti settori del terziario. Inoltre, come evidenziato da De Witte¹⁸⁶, la Commissione non avrebbe potuto combattere efficientemente i numerosi ostacoli ancora presenti all'interno del mercato dei servizi attraverso l'apertura di sole procedure d'infrazione. La durata media di tali procedimenti si aggira, infatti, attorno ai due anni, cui eventualmente va aggiunto il tempo davanti alla Corte.¹⁸⁷ Va altresì precisato che gli Stati Membri sembrano assai riluttanti nel conformarsi alle sentenze della Corte.¹⁸⁸

Per quanto attiene, invece, più propriamente, al campo d'applicazione della direttiva, l'art. 2 contiene le esclusioni esplicite: Servizi d'Interesse Economico Generale¹⁸⁹, servizi finanziari¹⁹⁰, servizi di comunicazione elettronica¹⁹¹, servizi di

¹⁸⁵ Per comprendere la definizione di "servizi", cfr. art. 4 e considerando 34. Per meglio affrontare l'intera casistica in materia di servizi, cfr. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU- The Four Freedoms*, op. cit.

¹⁸⁶ Cfr. B. De Witte, "Setting the scene: How did services get to Bolkenstein and Why", EUI Working Papers, 2007.

¹⁸⁷ Comunicazione della Commissione, "A Europe of Results-Applying Community Law", COM (2007) 502, 5.09.2007.

¹⁸⁸ Cfr. nota supra.

¹⁸⁹ E' importante precisare che i Servizi d'Interesse Economico Generale sono inclusi nel campo d'applicazione della Direttiva "Servizi". Per quanto riguarda, invece, i Servizi d'Interesse Generale non Economico, l'esclusione non è causata dal fatto che non possano essere considerati "servizi" secondo il

trasporto¹⁹², servizi forniti da agenzie di lavoro interinale¹⁹³, sanità, servizi audiovisivi, gioco d'azzardo, attività connesse all'esercizio di poteri pubblici, servizi sociali, servizi di sicurezza privata, notai e ufficiali giudiziari, tassazione. Tuttavia, ciò che va precisato, è che i summenzionati settori, laddove non trovano applicazione le direttive settoriali, non sfuggono comunque al diritto primario e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La direttiva non sembra contribuire ad una maggiore chiarezza e certezza del diritto. Si può, infatti, argomentare che essa contribuisca, in un certo senso, ad una ulteriore frammentazione del mercato dei servizi. Ciò può sembrare paradossale, ma, ad esempio, se si nota l'elevato numero di considerando rispetto alla prima versione¹⁹⁴, si può comprendere quanto tale direttiva possa causare difficoltà interpretative e quanto la sua implementazione possa essere tuttora problematica. Per quanto attiene al numero degli articoli, non vi è alcuna differenza in quantità tra la prima e la seconda versione, mentre, in merito al numero di esclusioni, la seconda bozza ne contiene sicuramente un numero maggiore.

significato della direttiva, ma ad una decisione di natura politica. Tuttavia, i servizi di comunicazione elettronica e quelli elencati all'interno dell'art. 16 come, ad esempio, servizi postali, gas, acqua e servizi di smaltimento rifiuti sono esclusi. Gli Stati Membri sono liberi di determinare quali servizi debbano essere considerati SIEG e il modo in cui debbano essere organizzati e finanziati.

¹⁹⁰ Tale servizio è già stato regolato.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Tale servizio è stato totalmente escluso dal campo di applicazione della direttiva.

¹⁹³ In questo caso fu escluso solo parzialmente.

¹⁹⁴ La versione finale contiene 118 considerando, mentre la prima proposta di direttiva ne prevedeva 73.

Quanto alla mancanza di chiarezza nel testo, non si può fare a meno di ricordare che, ad esempio, l'art. 1 della Direttiva "Servizi", era composto da 28 parole, mentre il testo finale ne contiene 423.¹⁹⁵ In aggiunta, il testo dei primi articoli risulta composto perlopiù da frasi di tipo negativo¹⁹⁶ e, come già menzionato sopra, il PPO è stato sostituito dal più generico e meno chiaro principio di Libera Circolazione di Servizi.

Oltre ai settori elencati all'art. 2, altri servizi che risultano esclusi dal campo di applicazione della direttiva sono elencati all'art. 1: la direttiva, infatti, non mira alla liberalizzazione né tantomeno alla privatizzazione dei SIEG, né all'abolizione di monopoli, né ad interferire con le disposizioni in materia di aiuti di Stato o di diritto della concorrenza, con la protezione e la promozione della diversità culturale e linguistica, con il pluralismo dei media, il diritto penale, il diritto del lavoro, sicurezza sociale e con il campo relativo ai diritti fondamentali.

Tuttavia, con la Direttiva "Servizi" si volle raggiungere una forte semplificazione amministrativa attraverso l'introduzione degli sportelli unici (SU) e attraverso l'introduzione di procedure elettroniche per mezzo delle quali i prestatori di servizi dovrebbero essere in grado di ottenere le informazioni necessarie di cui hanno bisogno per esercitare la loro Libertà di Stabilimento o Libera Prestazione di Servizi. Si deve altresì precisare che, prescrivendo la creazione di tali sportelli, non intende

¹⁹⁵ Versione francese.

¹⁹⁶ Come è già stato affermato da L. Chabaud in "La Directive Services en principe(s) et en pratique" e da F. Picod in "Le champ d'application de la directive n. 2006/123/CE", Europe 2007, il fatto che il testo sia ricco di frasi negative non comporta necessariamente che la direttiva non si debba applicare a tali settori, ma che, in caso di conflitto tra la direttiva servizi e un altro testo normativo che dovrebbe regolare il servizio escluso, sia quest'ultimo testo a prevalere.

assolutamente interferire con la ripartizione dei poteri e competenze all'interno degli Stati Membri, per esempio introducendo nuovi organi o istituzioni deputati a svolgere una funzione di tipo decisionale.

L'unico scopo di tali SU è di mettere prestatori di servizi e autorità dello Stato ospite in contatto tra loro. Ciò può avvenire sia attraverso la creazione di veri e propri uffici o attraverso SU virtuali, preferibilmente disponibili in più lingue oltre a quella dello Stato ospite, da cui le informazioni necessarie possano essere reperite.

Per eliminare le barriere all'accesso e all'esercizio della Libertà di Stabilimento e alla Libera Prestazione di Servizi, la direttiva¹⁹⁷ prescrive che gli schemi di autorizzazione, laddove possibile, debbano essere aboliti. La *ratio* è che i controlli *ex-post* debbano essere preferiti rispetto ai controlli *ex-ante*.¹⁹⁸ Nel caso in cui, invece, vi siano situazioni in cui siano i controlli *ex-ante* a dover essere preferiti, proprio in virtù del fatto che i controlli *ex-post* risulterebbero troppo costosi, i criteri in virtù dei quali tali autorizzazioni andranno assegnate, dovranno rispettare i principi di non-discriminazione, dovranno essere giustificati, proporzionati, oggettivi, trasparenti e necessari.¹⁹⁹ Per giunta, tutte le procedure che avranno come fine quello di rilasciare autorizzazioni, dovranno essere semplificate.

Tuttavia, uno degli aspetti-chiave della direttiva "Bolkestein" riguarda la tipologia di servizi che è oggetto della presente ricerca, ovvero sia i servizi che sono

¹⁹⁷ Art. 9

¹⁹⁸ Cfr. Cause riunite C 358/93, C 416/93, *Criminal Proceedings Against Aldo Bordessa e Vincente Mari mellado e Conception Barbero Maestre*, ECR 1995 I-00361; Cfr. anche Causa *Canal Satellite Digital SL c. Administraciòn general del estado, e Distribuidora de Televisiòn Digital SA (DTS)* ECR 2002 I-00607;

¹⁹⁹ Art. 10

offerti su aree assegnate in concessione o autorizzazione attraverso una procedura selettiva che scelga tra molteplici concorrenti. L'art. 12²⁰⁰, infatti, prescrive che qualora il numero delle autorizzazioni disponibili sia limitato a causa della scarsità di risorse naturali, debba essere introdotta, da parte delle pubbliche amministrazioni dello Stato, una selezione²⁰¹ che escluda meccanismi di rinnovo automatico e diritti di insistenza.

La direttiva evidenzia²⁰², inoltre, i requisiti eventualmente imposti dagli Stati Membri che debbano essere considerati come proibiti²⁰³ *per se* o che debbano essere valutati caso per caso.²⁰⁴ Le restrizioni che dovrebbero rientrare nella prima delle due summenzionate categorie sono: requisiti discriminatori²⁰⁵, la proibizione di possedere uno stabilimento in più di uno Stato Membro²⁰⁶, restrizioni alla libertà di scegliere la forma con la quale si estrinseca lo stabilimento secondario²⁰⁷, possibili condizioni di

²⁰⁰ Tale articolo viene in rilievo per il caso delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative e per le concessioni idroelettriche.

²⁰¹ La procedura selettiva deve svolgersi nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e pubblicità.

²⁰² Art. 14 della direttiva. Cfr. S. D'Acunto, op.cit.

²⁰³ Si tratta di una presunzione assoluta.

²⁰⁴ In questo caso, invece, non si tratta di presunzione assoluta, quanto piuttosto di presunzione relativa.

²⁰⁵ Cfr. *inter alia*, Causa C-62/96, *Commissione c. Belgio*, ECR 1999 I-03999

²⁰⁶ Causa 107/83, *Ordre des avocats au Barreau de Paris c. Onno Klopp*; Cfr. anche Causa C-106/91, *Claus Ramrath c. Ministre de la Justice, and l'Institut des réviseurs d'entreprises*, ECR 1992 I-03351; Causa 96/85, *Commissione c. Francia*, ECR 1986 01475.

²⁰⁷ Causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECR 1999 I-01459; cfr. Causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c Inspire Art Ltd*, ECR 2003 I-10155;

reciprocità, un'applicazione caso per caso di un test economico che permetta il rilascio di autorizzazioni nel caso in cui vi sia un preciso bisogno dal lato della domanda²⁰⁸, il diretto o indiretto coinvolgimento di concorrenti del prestatore di servizi nel processo decisionale da cui ne dovrebbe scaturire il rilascio dell'autorizzazione, l'obbligo di partecipare ad una garanzia finanziaria o di acquistare una assicurazione da un prestatore stabilito nello Stato ospite²⁰⁹ e l'obbligo di essere registrati o di avere già esercitato la propria attività economica nello Stato d'arrivo.²¹⁰

I requisiti che, invece, secondo la lettera della direttiva, vanno valutati caso per caso²¹¹ sono: le clausole c.d. *numerus clausus*, l'obbligo in capo al prestatore di adottare una forma giuridica particolare²¹², requisiti relativi alla partecipazione azionaria di una società²¹³, requisiti, oltre a quelli previsti dalla direttiva 2005/36/EC²¹⁴, che riservino

Causa C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, ECR 1999 I-06161; *Case 270/83, Commissione c. Francia*, 1986 00273;

²⁰⁸ Causa C-63/99, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk e Elzbieta Gloszczuk*, ECR 2001 I-06369; Cfr. anche, *inter alia*, Causa C-255/04, *Commissione c. Francia*, 2006 I-05251

²⁰⁹ Causa C-514/03, *Commissione c. Spagna*, ECR 2006 I-00963;

²¹⁰ Causa C-58/99, *Commissione c. Italia*, ECR 2000 I-03811; Cfr. anche Causa C-203/98, *Commissione c. Belgio*, ECR 1999 I-04899

²¹¹ Art. 15;

²¹² Causa C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*, ECR 1997 I-03395; Cfr. anche Causa C-438/99, *Maria Luisa Jiménez Melgar c Ayuntamiento de Los Barrios*, ECR 2001 I-06915;

²¹³ Causa C-171/02, *Commissione c. Portogallo*, ECR 2004 I-05645

accesso al servizio a particolari prestatori²¹⁵, il divieto di possedere più di uno stabilimento in uno stesso Stato membro²¹⁶, un numero minimo di lavoratori²¹⁷, la presenza di tariffe fisse²¹⁸, l'obbligo in capo al prestatore di offrire altri servizi. Tutti i summenzionati requisiti sono stati considerati dalla Corte di giustizia come valutabili caso per caso, ovverossia secondo il principio di non discriminazione e secondo il test di proporzionalità.

Per quanto riguarda il PPO, esso avrebbe dovuto essere inserito all'interno dell'art. 16 e sarebbe stato applicabile sia al diritto di accesso, sia al diritto di esercizio, ma solo in situazioni ricomprendibili all'interno della Libera Prestazione di Servizi. Contrariamente a quanto affermato da numerosi media e da numerosi uomini politici, infatti, e secondo quanto previsto dalla prima bozza di direttiva, risalente al 2004, non sarebbe stato applicabile alle situazioni che sarebbero state ricomprese nella Libertà di Stabilimento, né tantomeno in ambito di distacco di lavoratori. Inoltre, la versione originaria prevedeva che fossero inserite ben ventinove deroghe al PPO. Ciò nonostante, il dibattito che si sviluppò attorno all'adozione della Direttiva "Bolkestein" non fu di

²¹⁴ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 sul riconoscimento delle qualifiche professionali;

²¹⁵ Cfr. Causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c Giuseppe Calafiori*, ECR 2006 I-02941

²¹⁶ Causa C-140/03, *Commissione c. Grecia* ECR 2005 I-03177

²¹⁷ Cfr. nota *supra*.

²¹⁸ Cfr. Cause Riunite C-94/04, C-202/04, *Federico Cipolla c Rosaria Fazari, née Portolese e Stefano Macrino e Claudia Capoparte c Roberto Meloni*, ECR 2006 I-11421

facile portata: furono, infatti, paventati rischi, seppur inesistenti, di dumping sociale e di “effetto Delaware”.

Alcuni in dottrina²¹⁹ misero in evidenza i possibili benefici, per l'economia europea, che avrebbero potuto scaturire da una piena applicazione del PPO. Ancor di più, nonostante fu il dibattito che si stava sviluppando, sia negli Stati Membri, sia all'interno del Parlamento Europeo, che contribuì in maggior misura all'affossamento del PPO, fu proprio il Parlamento, in tempi non sospetti, ad esprimersi positivamente su di esso.²²⁰

Tuttavia, il PPO fu eliminato, e l'attuale art. 16 contiene il più generico principio di Libertà di Circolazione di Servizi, il quale può essere derogato per ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica, salute pubblica, protezione dell'ambiente o per ragioni imperative di interesse generale.²²¹ Tali giustificazioni devono ulteriormente rispettare il principio di non discriminazione e il test di proporzionalità. L'art. 16(2) prevede anche una lista non esaustiva di requisiti proibiti.²²²

²¹⁹ Cfr., *inter alia*, M.D. Garabiol-Furet, *Pladayer por le principe du pays d'origine*, in *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 495/06; Cfr. anche, C. Prieto, *La liberté d'établissement et de la prestation des services*, in *Revue trimestrielle du Droit Européenne* 2005

²²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2003 sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, il parlamento europeo, il Comitato economico sociale e il Comitato delle regioni: “2002 Review of the Internal Market Strategy-delivering the promise”, COM (2002) 171- C5-0283/2002-2002/2143 (COS). A5-0026/2003. par. 35, 36.

²²¹ Art. 4(8)

²²² Diversa da art. 14.

Ciò detto, vale la pena domandarsi quale possa essere il vero valore aggiunto di tale direttiva, rispetto al diritto primario e alla giurisprudenza stessa della Corte di Giustizia. Se, infatti, da un lato, appare evidente l'ambizione originaria di "liberare" il mercato del terziario, dall'altro lato, sembra discutibile che essa sia riuscita nel proprio intento, in quanto tale mercato appare tuttora alquanto frammentato.

Uno dei settori in cui ciò appare più evidente sono proprio quei servizi che sono offerti su aree assegnate in concessione o autorizzazione. Secondo Wathelet, tuttavia, il valore aggiunto della direttiva consisterebbe nell'obbligo imposto agli Stati Membri e alle loro pubbliche amministrazioni di cooperare attraverso la creazione degli SU. Riguardo al PPO, invece, ciò che sembra possibile argomentare è che, nonostante sia stato esplicitamente espunto dal testo dell'art. 16, in realtà, la pretesa differenza tra esso e il più generico principio contenuto nel suddetto articolo, non sarebbe poi così grande.

Il PPO, infatti, non è stato un'invenzione della Direttiva "Servizi", ma fa la sua comparsa già con i principi di mutua fiducia e di mutuo riconoscimento.²²³ Il presente lavoro sostiene, inoltre, che il principio contenuto nell'art. 16 e quello contenuto nell'art. 56 TFEU non sono differenti dal PPO nella loro concreta applicazione. Infatti, va rilevato che la Corte di Giustizia ha ormai abbandonato il test basato sul principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ed ha adottato un test basato sulle restrizioni e sugli ostacoli.²²⁴ Ciò occorre non solo nella giurisprudenza che interessa

²²³ Cfr. Causa 33/74 *van Bieberghe* e Causa 120/78 *rewe Zentral (cassis de Dijon)*.

²²⁴ Cfr. Causa C-76/90 *Sager*

Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi, ma anche nelle altre libertà fondamentali²²⁵.

Non appare pertanto chiaro quale sia la reale differenza tra il PPO e il principio di Libera Circolazione di Servizi. In virtù del principio di convergenza tra le libertà fondamentali²²⁶, al principio generale di eguaglianza²²⁷ e ai diritti fondamentali²²⁸, è probabile che la Corte di Giustizia interpreti ciò che adesso è l'art. 16 della Direttiva 2006/123/CE, alla luce dei Trattati e della giurisprudenza stessa. Ciò implicherebbe necessariamente che in caso di circolazione di servizi, la legge applicabile sarebbe quella dello Stato d'origine.

A conferma di ciò va altresì affermato che il PPO non è nulla di nuovo nel panorama del diritto europeo. Esso trova applicazione, ad esempio, nel campo del distacco dei lavoratori, attraverso la direttiva 96/71/CE²²⁹, ed è stato inserito in molteplici strumenti normativi orizzontali. Come sostenuto da Hatzopoulos, infatti, nel corso del processo d'integrazione europea si sono susseguiti tre periodi di sviluppo del PPO: il primo di essi interessò le direttive c.d. "passaporto" sulle filiali degli istituti di

²²⁵ Per una maggiore comprensione dell'argomento relativo al principio di convergenza tra le libertà fondamentali, cfr. A. Tryfonidou, *Further steps on the road to convergence among the market freedoms*, (2010) 35 *European Law Review*, pp. 36-56.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Cfr. T. Tridimas, "General Principles of EU law" (OUP, 2006).

²²⁸ Si può far riferimento all'art 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ossia al diritto alla libertà di iniziativa economica.

²²⁹ Cfr. C. Barnard, "Employment Law", op. cit.

credito²³⁰, servizi d'investimento²³¹, assicurazioni²³²; il secondo riguardò la Direttiva “televisione senza frontiere”²³³, le direttive sulle firme elettroniche²³⁴, sul commercio elettronico²³⁵ e sui dati personali nel settore delle telecomunicazioni.²³⁶

In tutti i casi summenzionati, il PPO fu reso applicabile sia al diritto di accesso sia al diritto all'esercizio. Il terzo periodo di sviluppo del PPO sarebbe stato rappresentato proprio dalla Direttiva “Servizi”: infatti, da un punto di vista meramente giuridico, il PPO allora previsto dall'art. 16 poteva essere considerato come un PPO di terza generazione, poiché veniva stabilito anche il foro competente in caso di lite giudiziale. Visto l'ambizioso progetto, furono previste una serie di limitazioni: esso

²³⁰ Direttiva del Consiglio 89/11/EEC del 13 febbraio 1989 sulle obbligazioni delle filiali di un istituto di credito e finanziari che hanno la loro sede al di fuori di tale Stato membro riguardante la pubblicazione dei documenti di conto annuali.

²³¹ Direttiva del Consiglio 93/22/EEC del 10 maggio 1993 sugli investimenti

²³² In questo caso il PPO è stato applicato solamente il diritto di accesso al mercato e non al diritto di esercizio.

²³³ Direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 Coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative concernenti l'esercizio delle attività televisive.

²³⁴ Direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche.

²³⁵ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»);

²³⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

sarebbe stato applicabile alle sole relazioni tra imprese; sarebbe potuto essere derogato anche da ragioni imperative d'interesse generale.

Tuttavia, il presente lavoro sostiene che, per quanto le due tipologie dell'art. 16 possano apparire differenti, la Corte di Giustizia e i giudici nazionali potrebbero, in via interpretativa, far coincidere le due versioni e riempire ciò che è adesso il testo dell'art. 16 con il PPO. L'unico punto critico sembra costituito dall'onere della prova. Se, infatti, la versione originaria stabiliva che fosse lo Stato ospite a dover dimostrare che il prestatore di servizi dovesse rispettare i propri requisiti, la versione attuale lascia inalterato l'equilibrio previgente secondo il quale sarebbe il prestatore di servizi a dover dimostrare che le disposizioni dello Stato ospite non devono applicarsi in quanto potrebbero costituire, nel caso di specie, restrizioni alla Libertà di Stabilimento e alla Libera Prestazione di Servizi; dovrebbe altresì dimostrare che non soddisferebbero il test di proporzionalità e che potrebbero costituire una violazione dei diritti fondamentali.²³⁷ Ciò nonostante, le Corti potrebbero comunque rendere più facile al prestatore di servizi, specialmente nel caso di relazioni tra imprese, l'onere della prova.

2.1.5. Problemi implementativi

Il presente paragrafo intende analizzare i problemi più significativi riguardanti l'implementazione della Direttiva "Servizi". E' comunque evidente che il rischio che può sorgere da una non corretta o non piena implementazione, vista l'incidenza del settore terziario sull'economia europea, consisterebbe in una progressiva ma inesorabile

²³⁷ Cfr. C. Barnard, "The Substantive law of the EU-The Four Freedoms", op. cit.

frammentazione del mercato unico. La “scadenza” entro cui la Direttiva “Bolkestein” doveva essere implementata era stata stabilita per il 31 dicembre 2009. Se, tuttavia, i risultati dell’implementazione si sono rivelati, in certo senso, apprezzabili, vi sono ancora alcuni settori in cui, in certi Stati Membri, le disposizioni di tale direttiva non sono state né correttamente, né pienamente implementate. Un esempio fra tutti è proprio costituito dall’art.12, il quale prescrive l’introduzione di procedure selettive per la scelta tra più candidati qualora il numero delle autorizzazioni rilasciabili sia limitato per ragioni di scarsità naturali.

In questa sezione si analizzeranno pertanto alcuni punti critici riguardanti il processo implementativo della Direttiva 2006/123/CE prettamente legati all’art. 12. In primo luogo, si farà riferimento ai problemi scaturenti dalla genesi “tormentata” del testo legislativo; secondariamente ai problemi scaturenti dal campo d’applicazione della direttiva; quelli dovuti dalla creazione di SU; i rischi di discriminazione a rovescio; infine si analizzerà ciò che rimane del PPO e la relazione tra diritto secondario e diritto primario.

La ragione per la quale si è menzionata, qualche paragrafo sopra, la genesi “tormentata” della direttiva, risiede nel fatto che non sembra fuori luogo affermare che l’efficacia, o, piuttosto, l’efficienza di uno strumento normativo quale la direttiva in questione, affondi le proprie radici nella legittimità che essa raccoglie sia nei confronti delle istituzioni, sia nei confronti dei soggetti cui è indirizzata. In questo caso, ad esempio, la prima bozza fu proposta dalla Commissione a seguito delle indicazioni del Consiglio Europeo, con l’intento di aprire, in modo definitivo, il mercato dei servizi. Com’è stato più volte ribadito, la prima versione conteneva un esplicito PPO e un minor

numero di eccezioni. L'immenso dibattito che ne è conseguito all'interno della società civile, specialmente fra coloro che più avrebbero sofferto da una corretta e piena implementazione della direttiva, in quanto privati di privilegi precedentemente acquisiti, aveva lo scopo, peraltro raggiunto, di minare la legittimità della Direttiva 2006/123/CE.

Tale dibattito interessò principalmente i media, le istituzioni degli Stati Membri e quelle europee, in particolar modo il Parlamento: fu grazie all'azione politica di quest'ultimo che la bozza originaria fu pesantemente annacquata attraverso l'eliminazione definitiva del PPO e l'aumento dei settori esclusi dal campo d'applicazione. Fu il dibattito, infatti, a contribuire enormemente alla creazione di una profonda frattura nel sistema che portò quest'ultimo ad avere minor credibilità, con la conseguenza che la stessa idea di mercato unico ne risultò, in un certo qual modo, inquinata.

Le istituzioni europee che erano in favore dell'adozione della prima bozza non si dimostrarono sufficientemente abili nel propagandare efficientemente l'adozione di un testo maggiormente ambizioso, testo che avrebbe sicuramente apportato numerosi benefici ai consumatori e all'economia in generale. Il mercato unico, che dopo un periodo di crisi sembrava aver riacquisito una certa attrattiva agli occhi dell'opinione pubblica²³⁸, iniziò a perdere progressivamente legittimità e credibilità, senza tralasciare

²³⁸ Per una disamina generale dei problemi legati all'implementazione della Direttiva "Servizi", si veda U.Stelkens, W.Weiss, M.Mirschberger (eds.), "The Implementation of the Eu Services Directive" (Springer 2012); Per quanto riguarda la perdita di attrattiva dell'idea di mercato unico, si veda Bruegel Policy Brief "Single Market Trails Home Bias" del 5 ottobre 2006, secondo cui la strategia per il mercato unico aveva bisogno di una nuova prospettiva e di nuovo *impetus* e che bisognava porre maggiore attenzione nei confronti dei servizi.

il fatto che l'aumentare di tendenze protezionistiche²³⁹ comportò una perdita generale del principio di deterrenza.²⁴⁰

Per quanto attiene al campo di applicazione, numerosi problemi sorgono durante il processo d'implementazione, proprio in virtù del fatto che numerosi settori rimangono esclusi dal campo di applicazione della direttiva, come, ad esempio, i SInEG e le attività legate all'esercizio della pubblica autorità. Se, tuttavia, appare evidente che la Direttiva non è applicabile nei casi summenzionati, il diritto primario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come già ricordato più volte, continuano ad esserlo. Ciò potrebbe causare problemi di certezza del diritto e inefficienze nel mercato, proprio perché la Direttiva "Servizi" è utilizzata per evidenziare i principi già contenuti nei Trattati.

Per quanto attiene alla creazione di SU, invece, il processo implementativo ha comportato risultati di grande frammentazione. Si possono individuare quattro gruppi di Stati Membri²⁴¹: gli Stati che avevano precedentemente creato strutture simili; gli Stati che hanno creato SU utilizzando istituzioni già presenti all'interno del loro territorio; gli Stati che hanno deciso di affidare i compiti di SU ad autorità già esistenti; gli Stati che hanno introdotto SU meramente virtuali. Tuttavia, il problema maggiore riguardante gli SU è talvolta rappresentato dalla mancanza di siti internet con cui il

²³⁹ Cfr. il dibattito in Francia sull'idraulico polacco e, in Italia, l'ancora annosa questione riguardante le concessioni demaniali marittime.

²⁴⁰ Gli Stati Membri si sentono sempre più legittimati a mantenere barriere al mercato. Ne consegue che, l'effetto deterrente a non violare il diritto europeo, che scaturisce dal "public enforcement" delle norme in materia di mercato interno, ne risulta fortemente minacciato.

²⁴¹ Cfr. nota 109 *supra*.

prestatore di servizi possa interfacciarsi e, talvolta, dalla mancanza di siti internet che siano caricati in più lingue rispetto a quella ufficiale dello Stato.

I rischi di discriminazione a rovescio, invece, che sono scaturiti durante l'implementazione della direttiva, interessano prettamente due livelli di problemi: il primo, che riguarda il campo d'applicazione della Direttiva "Servizi" e il secondo, che interessa il campo d'applicazione delle norme di diritto nazionale deputate a trasporre la direttiva. Per quanto riguarda il primo, vi sono due tipologie di Stati Membri: la maggioranza percepisce la direttiva come applicabile nei confronti dei soli prestatori di servizi che eseguono un movimento transnazionale. Una piccola minoranza la considera applicabile anche alle c.d. situazioni puramente interne.

In riferimento alle misure di diritto nazionale atte ad implementare la direttiva, invece, va precisato che la maggioranza degli Stati Membri ha esteso l'applicazione delle stesse anche alle situazioni puramente interne, per evitare di creare situazioni di svantaggio competitivo. Solamente due Stati, più precisamente la Repubblica Ceca e l'Austria, hanno adottato l'approccio opposto. Tutte queste situazioni causano, inevitabilmente, una discriminazione a rovescio, fenomeno giuridico che sembra non essere più tollerabile all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, giacché comporta una frammentazione del mercato unico e una violazione delle libertà fondamentali e dei diritti fondamentali.²⁴² Inoltre, sembra altresì ravvisabile una potenziale violazione del principio generale di eguaglianza.²⁴³

²⁴² Per una disamina generale sul tema della discriminazione a rovescio, cfr. A. Tryfonidou, *Reverse discrimination in purely internal situations: an incongruity in a citizens' Europe*, (2008) 35 *Legal Issues of Economic Integration*, pp- 43-67; Cfr. anche A. Tryfonidou, *Resolving the reverse discrimination*

Per meglio comprendere la problematica riguardante l'implementazione, sembra d'uopo prendere in considerazione il rapporto tra PPO e ciò che attualmente è l'art. 16, ovvero il principio di Libera Circolazione di Servizi. Gli Stati Membri faticano ancora a capire quale sia la reale differenza concreta e quale possa essere l'implementazione di quest'ultimo all'interno del diritto nazionale. Ciò che il presente lavoro sostiene è che, nonostante sia scomparso dal testo finale, non sembra essere stato espunto dal diritto dell'Unione Europea, almeno per quanto attiene il mercato unico. Come ribadito sopra, esso non rappresenta alcuna novità all'interno del panorama giuridico europeo, in quanto già presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Inoltre, non sembrerebbe avere alcun senso applicare la legge dello Stato ospite in caso circolazione dei servizi: se, infatti, compito della direttiva, del diritto primario e della giurisprudenza è quello di facilitare il movimento di servizi, l'applicazione della legge dello Stato d'arrivo costituirebbe piuttosto un ostacolo.

Infine, ciò che appare altrettanto interessante, è il rapporto tra diritto secondario e diritto primario, ovvero tra la Direttiva "Servizi" e gli art. 49 e 56 TFEU. La regola generale, infatti, prescrive che il diritto primario, in quanto tale, sia gerarchicamente superiore rispetto al diritto secondario, e che ciò che non sia coperto da quest'ultimo rientri comunque nel campo di applicazione del primo. Tuttavia, come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁴⁴, ciò che accade sempre più

paradox in the area of customs duties: The Lancry saga", (2011) European Business Law Review, pp. 311-336 e A. Tryfonidou, "Reverse Discrimination in EC Law" (Kluwer Law International, 2009).

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Cfr. C. Barnard, "Employment Law", op. cit.

frequentemente all'interno del diritto europeo, è che le direttive sono spesso usate per evidenziare i principi stabiliti dai Trattati.

In altre parole, il diritto primario è sempre più utilizzato per interpretare il diritto secondario, mentre quest'ultimo altro non fa che dare sostanza al primo.²⁴⁵ Si può infatti affermare che vi sia una relazione di “mutuale conferma” tra i due. Il problema è che tale sovrapposizione può causare frammentazione quando entrambi debbano eventualmente essere implementati all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.²⁴⁶

2.1.6. L'impatto della Direttiva 2006/123/CE sui servizi che sono offerti su aree demaniali in concessione o autorizzazione.

Il fine della presente ricerca è di valutare, alla luce delle considerazioni sovraesposte, l'impatto della Direttiva “Servizi” su tutti quei servizi che sono offerti su aree assegnate ai privati, attraverso lo strumento giuridico delle concessioni demaniali. L'articolo che maggiormente interessa tale tipologia di servizi è l'art. 12, il quale predispone una deroga alla regola generale stabilita all'art. 9 e all'art. 11, secondo cui tutti gli schemi autorizzatori devono essere aboliti in quanto i controlli *ex-post* devono essere preferiti ai controlli *ex-ante* e secondo cui la durata delle autorizzazioni non deve avere durata limitata.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Nel caso italiano delle concessioni demaniali marittime, vale la pena ricordare che gli operatori balneari chiedono una deroga (sic) dall'applicazione della direttiva. E' evidente che ciò non sarebbe possibile. Tuttavia, ammettendo che ciò lo fosse, il diritto primario continuerebbe ad essere applicabile al caso di specie. Questa sovrapposizione tra diritto primario e diritto secondario può aumentare l'incertezza del diritto e i dubbi relativi all'interpretazione e all'implementazione di entrambe le fonti di diritto.

La *ratio* di tale deroga risiede nel fatto che, come perfettamente enucleato nella lettera dell'art. 12, vi possono essere casi in cui il numero delle autorizzazioni si riveli limitato a causa di scarsità delle risorse naturali, come, nel caso di specie, sono le "spiagge", ossia le aree che, appartenendo al demanio, vengono date in concessione o autorizzazione ai privati affinché certi tipi di servizi turistici vengano ivi offerti, o come sono le fonti idroelettriche, dove le aree appartenenti sempre al demanio, sono date in concessione o autorizzazione ai privati affinché possano fornire il servizio. Va detto che, in termini strettamente giuridici, secondo il diritto italiano, tali concessioni sono inquadrabili all'interno della concessione di beni, in quanto, ad essere concesse sono appunto le aree e non i servizi.

Tuttavia, l'aspetto interessante è costituito dal fatto che, se da un lato è vero che formalmente sono i beni ad essere concessi, gli attuali assegnatari di tali concessioni non mirano a vedersi aggiudicato il bene in quanto tale, ma piuttosto mirano al bene per poi avere la possibilità di offrire un servizio, da cui a loro volta trarranno profitto. Diritto nazionale a parte, la cui incidenza sarà analizzata all'interno del terzo capitolo, ciò che interessa il diritto europeo è, al di là della forma, il profilo sostanziale.

Per il diritto europeo, invece, va detto che lo strumento giuridico che, secondo il diritto statale è considerato essere una concessione di beni, può essere inquadrato, sia come un'autorizzazione sia come una concessione di servizi. La Direttiva "Servizi" coprirebbe, in teoria, solamente le situazioni regolate da autorizzazioni. Oltre al fatto che è proprio la lettera del testo a farne espressa menzione, va detto che, come emergerà in maniera più approfondita in seguito, le concessioni di servizi, per il diritto europeo, sono dei contratti disciplinati dalla Direttiva "Concessioni".

Come sarà precisato in seguito, la motivazione per la quale la Direttiva “Concessioni” non sia applicabile ai servizi che sono offerti su aree demaniali in concessione o autorizzazione non convincono pienamente. Al di là di questa disquisizione teorica, va detto che l’esito pratico non cambierebbe: infatti, sia la Direttiva “Servizi”, sia la Direttiva “Concessioni” contengono un obbligo di gara per gli Stati Membri. Inoltre, è bene ricordare che la base sulla quale la Commissione ha aperto le procedure d’infrazione nei confronti di alcuni Stati Membri per mancata previsione di una gara per l’aggiudicazione delle summenzionate concessioni o autorizzazioni è proprio la Direttiva 2006/123/CE.

Pertanto, occorre precisare che la Direttiva 2006/123/CE, agli artt. 12 e 13, come poi sarà evidente dai prossimi paragrafi, esercita una vera e propria funzione “concessoria” e “appaltante”.²⁴⁷ L’art. 12 della stessa, infatti, afferma che non possono essere previsti meccanismi che inneschino un rinnovo automatico della concessione o dell’autorizzazione scaduta, né, *a fortiori*, diritti d’insistenza al prestatore uscente. Infatti, secondo tale disposizione, deve essere introdotta una procedura di tipo selettivo che scelga tra molteplici candidati secondo i principi di non discriminazione, trasparenza, pubblicità, concorrenza.²⁴⁸

La *ratio* di tale norma è insita nello scopo primario della direttiva stessa, ossia nell’apertura totale del mercato dei servizi, attraverso l’eliminazione delle barriere all’ingresso di qualunque tipo di mercato, l’introduzione del principio di concorrenza e

²⁴⁷A. Usai “Caught Between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC-Still a grey area in search for legal certainty”, EPPPL review 4/2014.

²⁴⁸ Cfr. Capitolo I

l'abbattimento di tutti i possibili ostacoli o restrizioni alla Libertà di Stabilimento e alla Libera Prestazione di Servizi.

Questo particolare settore dei servizi, cui numerosi prestatori vorrebbero ottenere pieno accesso e piena libertà di esercizio, non è ancora stato interessato da una piena e corretta implementazione della Direttiva 2006/123/CE, né del diritto primario, né della giurisprudenza della Corte di Giustizia.²⁴⁹ Appare quasi scontato affermare che, al di là della necessità di introdurre procedure selettive nel settore ivi esaminato, una eventuale non implementazione di tali principi potrebbe comportare che l'attuale frammentazione del mercato dei servizi, e di conseguenza del mercato unico, si trasformi in una lenta e progressiva disintegrazione del mercato interno stesso.

E', infatti, opportuno non perdere di vista il fatto che, anche a seguito della crisi economica e finanziaria, le tendenze all'adozione di politiche economiche di tipo protezionistico emergono sempre di più in numerosi Stati Membri. Infatti, i governi nazionali sembrano voler approfittare del malcontento generale per dare fiato a un protezionismo di ritorno e continuare, quindi, a salvaguardare il tornaconto delle lobby interne.

Se da un lato, quindi, la Direttiva impone agli Stati Membri di introdurre procedure selettive alla stregua di quelle introdotte in materia di appalti pubblici, è d'uopo altresì affermare, come messo in rilievo nei paragrafi precedenti, che la direttiva non introduce nulla di nuovo, nella sostanza. Le disposizioni contenute all'interno dell'art. 12 sono esplicite, ma altro non fanno che mettere meglio in luce quanto già contenuto all'interno dei Trattati e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²⁴⁹ *Ibid.*

Ciò che varrebbe veramente la pena domandarsi è se la Commissione Europea, anche in assenza di una direttiva, avrebbe potuto aprire una procedura d'infrazione nei confronti, ad esempio, dell'Italia, perché le concessioni demaniali marittime non sono assegnate attraverso alcuna procedura selettiva e perché è sempre stato in vigore il meccanismo del rinnovo automatico e il diritto di insistenza in capo al prestatore uscente.

In altre parole, avrebbero potuto i Trattati e la giurisprudenza fungere da base sufficiente per imporre all'Italia o ad un altro Stato Membro l'introduzione di una gara? Sicuramente sarebbe stato possibile. Gli art. 49 e 56 TFEU favoriscono la Libertà di Stabilimento e la Libera Prestazione di Servizi, mentre, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sarebbe stato possibile richiamare i principi di parità di trattamento, di trasparenza, di pubblicità e concorrenza. Attraverso il richiamo all'art.16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea²⁵⁰ sarebbe stato poi possibile argomentare che è diritto di ogni individuo poter concorrere all'assegnazione di tali aree.

Altra considerazione degna di menzione riguarda l'opportunità o meno di provvedere alla regolazione del settore attraverso una direttiva *ad hoc*, indi di tipo settoriale, o attraverso un regolamento. Nonostante siano stati messi in evidenza quanti e quali problemi hanno interessato e continuano ad interessare una efficiente implementazione della Direttiva "Dervizi", tali alternative non sembrano ottimali: una direttiva *ad hoc* o un regolamento, sebbene possano rivelarsi più chiari o più facilmente eseguibili, richiederebbero un tempo lungo per essere adottati. Senza contare che,

²⁵⁰ Cfr. i paragrafi precedenti

proprio perché più precisi, soffrirebbero sicuramente di una genesi ancor più travagliata rispetto alla Direttiva “Servizi”. Inoltre, com’è già stato ribadito nei paragrafi precedenti, i servizi sono per definizione un settore dell’economia in costante movimento, indi per cui un certo grado di flessibilità sarebbe comunque richiesto.

Stando al testo della direttiva, vi sono altri due articoli che possono rilevare nel caso di specie: l’art. 13 e l’art. 14. Per quanto riguarda il primo²⁵¹, rubricato “procedure di autorizzazione”, occorre dire che esso richiede che le procedure e, più in generale, le formalità, di autorizzazione debbono essere rese pubbliche preventivamente e debbono altresì garantire che la domanda sarà trattata in maniera obiettiva e imparziale. Inoltre, esse non dovranno avere effetto dissuasivo, non dovranno complicare o ritardare in maniera non dovuta la prestazione.

L’art. 14²⁵², in aggiunta, prevede i requisiti che debbano considerarsi come vietati *per se*. Tra tali norme di diritto nazionale, che interessano altresì la regolazione di quei servizi che sono offerti su aree assegnate in concessione o autorizzazione, vi sono, ad esempio, i requisiti discriminatori. Per requisito discriminatorio s’intende certamente una condizione diretta o indiretta che subordini l’accesso o l’esercizio a un servizio, o alla nazionalità del prestatore o a chi, eventualmente, abbia già esercitato l’attività economica in questione.

Nel caso degli assegnatari delle concessioni demaniali, sembra pacifico affermare che il diritto nazionale che non introduca alcuna procedura selettiva o che preveda un rinnovo automatico o il diritto di insistenza, abbia un effetto discriminatorio,

²⁵¹Cfr. par. 1.3

²⁵²*Ibid.*

in quanto solamente i cittadini dello Stato Membro in questione ne risulterebbero avvantaggiati, mentre prestatori provenienti da altri Stati soffrirebbero un notevole svantaggio competitivo, se non addirittura un blocco totale all'ingresso.

Allo stesso modo, può risultare un requisito ex art. 14 l'introduzione di un test economico che subordini l'introduzione di una procedura selettiva alla prova della sussistenza di una domanda.²⁵³

Tra i requisiti che andrebbero valutati caso per caso²⁵⁴ e che, per essere accettati, dovrebbero comunque superare il giudizio di non discriminazione e di proporzionalità, vi sono, ad esempio, requisiti in aggiunta a quelli imposti dalla direttiva 2005/36/CE, che subordinino l'accesso al servizio a particolari prestatori. Potrebbe violare tale disposizione una procedura selettiva che, tra i criteri di attribuzione di punteggio, prediliga in maniera sbilanciata chi ha già esperienza nel settore.

Altro requisito che potrebbe essere valutato come violazione dell'art. 15 potrebbe essere un eventuale obbligo in capo al prestatore di avere uno stabilimento in più di uno Stato Membro, e ciò in virtù del fatto che impedirebbe, di fatto, a prestatori provenienti da un altro Stato Membro, di concorrere con i prestatori dello Stato d'arrivo, di vincere la gara e, quindi, di risultare assegnatari di due o più concessioni in più Stati diversi.

Tuttavia, si potrebbe prendere in considerazione l'ipotesi nella quale l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE possa rivelarsi non applicabile al caso di specie. Come detto sopra, infatti, l'elemento distintivo di tale disposizione, rispetto, ad esempio, alla

²⁵³*Ibid.*

²⁵⁴*Ibid.* e art. 15

regola generale che imporrebbe che l'accesso e l'esercizio ad un dato servizio non sia sottoposto al rilascio di un'autorizzazione²⁵⁵ e che, qualora ciò sia giustificato dal fatto che il regime autorizzatorio previsto sia non discriminatorio, giustificato da un motivo imperativo d'interesse generale e rispettoso del principio di proporzionalità, nonché fondato su criteri non discriminatori, giustificati dalla protezione di un interesse generale, proporzionati, chiari e inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente, trasparenti e accessibili, tale autorizzazione sia rilasciata per un periodo di tempo illimitato²⁵⁶, è rappresentato dal requisito della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche.

Si potrebbe, infatti, sostenere, nel caso delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, il summenzionato requisito della scarsità non sia presente, giacché le aree demaniali a disposizione e non assegnate sarebbero di numero elevato. Tuttavia, ciò che pare doveroso rilevare, è che, trattandosi di aree, ossia di un terreno, *rectius* di arenile, la scarsità sussisterebbe necessariamente. Tali aree, infatti, sono vitali per l'accesso e l'esercizio del servizio in questione e non possono in alcun modo essere duplicate da nessun concorrente potenziale.

Se si esamina, ad esempio, il testo della proposta di Direttiva 2006/123/CE del 2004, così come quello del 2006, si potrà notare come, al “considerando” 28, quando ci si riferisce al numero limitato delle autorizzazioni disponibili per via della scarsità delle risorse naturali, si faccia proprio l'esempio dello sfruttamento degli impianti

²⁵⁵ Art. 9

²⁵⁶ Art. 11

idroelettrici.²⁵⁷ Ciò dimostra che, nonostante siano state fatte due proposte dalla Commissione, l'art. 12, e, in particolare, l'elemento della scarsità delle risorse naturali e delle capacità tecniche, unito alla necessità di prevedere, per questo motivo, una durata limitata dell'autorizzazione, non abbia suscitato alcuna particolare controversia.

Nelle due proposte, infatti, si fa espressa menzione delle concessioni idroelettriche, le quali, comunque, presentano delle evidenti analogie con le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, in quanto trattasi sempre di servizi resi su spazi demaniali aggiudicati in concessione o autorizzazione, ossia di servizi forniti grazie allo sfruttamento economico di risorse naturali non presenti in quantità sufficienti da garantire, a tutti i potenziali prestatori, la possibilità di poter fornire il servizio in questione nel mercato.

In ultima analisi, se, da un lato, appare evidente che anche l'arenile è scarso in senso assoluto, ed è forse anche questa sua caratteristica che ne giustifica l'inquadramento tra i beni demaniali, dall'altro lato occorre esaminare se vi sia anche una scarsità relativa. Come accennato sopra, infatti, ci sarebbero altre aree non ancora assegnate. Tuttavia, oltre al fatto che l'assegnazione di nuovi spazi a operatori non presenti sul mercato non farebbe venire meno la barriera all'ingresso costituita dall'assenza di gara per l'aggiudicazione dei servizi già esistenti, va detto che, dal punto di vista della "domanda", non tutte le aree sono valutate allo stesso modo. Il mercato

²⁵⁷ Si veda, in riferimento al testo della proposta del 2004, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004PC0002&from=EN>;
[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2006/0160/COM_COM\(2006\)0160_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2006/0160/COM_COM(2006)0160_EN.pdf)

geografico rilevante, infatti, non sarà rappresentato dall'intero mercato nazionale, ma da tanti mercati più piccoli. Persino lo Stato, ossia, in questo caso, l'offerta, effettua una valutazione economica e suddivide le concessioni esistenti in categorie in base alle quali si calcola il canone annuo.²⁵⁸

Ne consegue che l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE non può non ritenersi applicabile ai servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione, ossia, nel caso di specie, alle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative. Tuttavia, per completezza, è d'uopo considerare che cosa si verificherebbe, nel caso ipotetico in cui il requisito della scarsità non venisse considerato sussistente. Ai sensi della Direttiva, pertanto, risulterebbero applicabili gli artt. 9 ss. della stessa. In base all'art. 9, quindi, come accennato sopra, si stabilisce che gli Stati Membri possono subordinare l'accesso ad una attività, nonché al suo esercizio, ad un regime di autorizzazione solamente se detto regime sia giustificato da un motivo d'interesse generale e se sia rispettato il principio di proporzionalità.

L'art. 10, poi, come accennato sopra, sancisce che i regimi autorizzatori debbano basarsi su criteri che impediscano un esercizio arbitrario del potere delle autorità. Per questo motivo, i criteri in base ai quali vengono rilasciate le autorizzazioni devono essere non discriminatori, giustificati da un motivo d'interesse generale, proporzionati, chiari e inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente, trasparenti e accessibili. L'autorizzazione, inoltre, deve essere valida su tutto il territorio nazionale, ad eccezione che una limitazione in tal senso non sia giustificata da un motivo d'interesse generale.

²⁵⁸Art. 3, d.l. 400/1993, convertito dalla l. 494/1993.

In un ipotetico scenario nel quale gli artt. 9, 10, 11 fossero applicabili a seguito del venire meno del requisito della scarsità, ne conseguirebbero dei problemi che vale la pena prendere in considerazione. In base all'art. 9, infatti, se da un lato le autorizzazioni devono essere eliminate, dall'altro lato, qualora si dimostrino necessarie, devono essere assegnate in maniera non discriminatoria. Alla luce di ciò, non si capisce come, un'eventuale riforma del settore che consideri mancante il requisito della scarsità, possa comportare una procedura di assegnazione diversa dall'evidenza pubblica, ossia dal rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, concorrenza.

L'assenza stessa di una gara rende qualsivoglia procedura di aggiudicazione discriminatoria. Non solo: non pare chiaro come possa, ai sensi dell'art. 11, essere escluso un esercizio arbitrario dei poteri dell'autorità. Senza procedura di evidenza pubblica, i criteri di cui all'art. 10 non potrebbero essere rispettati. Tornando all'art. 11, inoltre, come garantire una durata illimitata nel tempo dell'autorizzazione? In questo modo, sarebbe evidente una violazione del principio di non discriminazione e di parità di trattamento, giacché non a tutti i prestatori sarebbe data la possibilità di concorrere all'aggiudicazione. Senza contare, poi, la violazione degli altri principi in materia di appalti pubblici, come il principio di trasparenza, pubblicità e concorrenza, o gli stessi artt. 49 e 56 TFUE, dai quali essi discendono.

In base agli artt. 9 ss, il rispetto del principio di non discriminazione sarebbe richiesto non solo per quanto riguarda i regimi di autorizzazione nel loro insieme, ma anche nella previsione dei criteri prestabiliti in base a cui le predette autorizzazioni verrebbero assegnate. Ciò che potrebbe verificarsi, in conclusione, sarebbero situazioni

alquanto paradossali, in cui la Commissione potrebbe aprire procedure d'infrazione in virtù del fatto che la situazione che ne discenderebbe costituirebbe una violazione, più o meno implicita, del principio di non discriminazione, nonché una violazione del principio di accesso al mercato.

Se, comunque, sia l'art. 49 TFUE, sia i principi che da esso discendono e la giurisprudenza della Corte di Giustizia rimangono applicabili, in combinato disposto, con la Direttiva, un'eventuale non applicabilità di quest'ultima altro non farebbe che far discendere l'obbligo di gara e il rispetto dei principi in materia di appalti pubblici direttamente dal diritto primario.

Parte II

Disciplina degli appalti pubblici e servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione: cosa questi ultimi possono mutuare dalla prima?

Introduzione

Dopo aver preso in esame l’impatto della Direttiva “Servizi”, nonché il ruolo della stessa nella regolazione dei settori produttivi che, afferendo a Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi, sono oggetto di studio all’interno del presente lavoro, quali, ad esempio, le concessioni demaniali marittime turistico-ricreativo, si è ritenuto utile esplorare la potenziale ricaduta, sulla tipologia sovraesposta, della disciplina degli appalti.²⁵⁹

²⁵⁹Per una disamina generale in materia di appalti pubblici, si veda, inter alia C. H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2013; V. Lember, R. Kattel, T. Kalvet, *Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives*, Springer 2013; R. Caranta, G. Edelstam, M. Trybus, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant 2013; S. Weishaar, *Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economic Approaches to Bid Rigging*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2013; D. Dragos, R. Caranta, *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty?*, DJOF Publishing, 2012; S. Arrowsmith, S. Treumer, *Competitive Dialogue in EU Procurement*, CUP, 2012; P. Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner’s guide*, OUP 2007; P. Trepte, *regulating Procurement: Understanding the ends and Means of Public Procurement Regulation*, OUP, 2004; S. Arrowsmith, M. Trybus, *Public Procurement: The Continuing Revolution*, Kluwer Law International, 2002; Tra la letteratura italiana, si veda, inter alia: L. Giacometti, *Il nuovo codice degli appalti pubblici coordinato con il regolamento di attuazione*, Metellica: Nuova Giuridica, 2012; R. Noguellou, U. Stelkens (a cura di), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, 2010.

L'opportunità di prendere in considerazione le direttive europee in materia²⁶⁰, nonché l'intera disciplina degli appalti pubblici²⁶¹, nasce dal fatto che i principi che sono sottesi alla summenzionata normativa paiono essere i più indicati nell'indicare una strada risolutiva all'annosa questione della regolamentazione dei servizi offerti su aree demaniali in concessione o autorizzazione.²⁶²

E' importante sottolineare, infatti, che nonostante i numerosi tentativi esperiti dalla Commissione Europea²⁶³ di disciplinare il settore delle concessioni di servizi e delle concessioni di beni, il tutto si è sempre concluso in un nulla di fatto proprio perché gli Stati Membri si sono sempre dimostrati alquanto restii ad una armonizzazione europea in materia. Ciò nonostante, i principi che sottendono alla disciplina delle

²⁶⁰Direttiva 2014/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, che abroga la Direttiva 2004/17/CE, GUUE L 94 del 28 marzo 2014; Direttiva 2014/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, GUUE L 94 del 28 marzo 2014.

²⁶¹ In riferimento alle origini e agli obiettivi della disciplina europea degli appalti pubblici, si veda, inter alia, S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet&Maxwell, 2005.

²⁶² Si cfr. Il document dell'Office of Government Office, *Introduction to the EU Procurement rules*, Marzo 2008, per avere un inquadramento generale della disciplina, disponibile su http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://www.ogc.gov.uk/documents/Introduction_to_the_EU_rules.pdf.

²⁶³ Cfr. C. H. Bovis, *European Public procurement Law*, op. cit.

concessioni, come richiamato anche dalla stessa Corte di Giustizia²⁶⁴, sono i medesimi che regolamentano gli appalti pubblici.²⁶⁵ Per tale ragione, vista la novità, nel panorama legislativo dell'Unione, rappresentata dalla Direttiva 2014/23/UE²⁶⁶, è importante sottolineare, non solo come il contenuto di quest'ultima, ma anche tutte le concessioni, comprese quelle escluse dal campo di applicazione della summenzionata direttiva, debba molto all'intera disciplina degli appalti pubblici.²⁶⁷

²⁶⁴Cfr., in particolare, la Causa C-324/98 *Telaustria* [2000], I 10745, par 62; La Causa C-231/03, *Coname* par 16-19; Causa C-458/03 *Parking Brixen*, par 49. Cfr. Anche Causa C-59/00 *Bent Moustén Verstergaard* [2001] I 9505, par. 20 e Causa C-264/03, *Commissione c. Francia*, par 32, 33. Cfr., altresì, la Causa C 234/03 *Contse*, par 47-49.

²⁶⁵Cfr., sul punto, A. Brown, *Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty*, PPLR 2007, 1, 1-21; Cfr. Anche, dello stesso autore, *EU Primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives*, PPLR 2010, 5, 169-181.

²⁶⁶ Direttiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, GUUE L 94 del 28 marzo 2014.

²⁶⁷ Interessante, a proposito è notare quanto affermato nella *Comunicazione Interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"* GU C 179/2 del 1 agosto 2006, in cui, pur richiamando espressamente che la presente comunicazione non si applica alle concessioni, le quali restano comunque una tipologia di contratti pubblici che non sono coperti dalle direttive in materia di appalti, in quanto richiamate all'interno della *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni* (del 15 novembre 2005, COM 2005 569 definitivo), essa precisa espressamente che, nonostante la non applicabilità della disciplina degli appalti, i contratti di concessione devono rispettare i principi fondamentali del trattato.

2.2.1. Le Direttive in materia di appalti pubblici

La Commissione Europea ha riformato la materia degli appalti pubblici, con il preciso intento di rendere le commesse pubbliche più snelle. La *ratio* di tale cambiamento risiede proprio, da un lato, nell'economizzare il più possibile, anche a fronte della situazione attuale caratterizzata da forti restrizioni di bilancio e ristrettezze economiche, dall'altro, nell'esigenza di una gestione delle risorse pubbliche al contempo più efficace e più efficiente.

Appare, comunque, comprensibile che, accostare la trattazione dei servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione alla materia degli appalti pubblici può apparire fuori luogo. E' d'uopo rammentare, infatti, che mentre lo scopo della normativa "appalti" è quello di fornire alla pubblica amministrazione beni, servizi o lavori ad un prezzo competitivo e relativamente basso, il fine ultimo di quella che dovrebbe essere la normativa in materia di concessioni, siano esse di beni, servizi o lavori, sta nel far sì che il privato ottenga dalla pubblica amministrazione ciò che è oggetto di interesse, per poi poter svolgere la propria attività economica ed offrirla sul mercato a un numero indefinito di consumatori o di utenti.

Se ciò può apparire indubbiamente pacifico, è altresì vero che, come spesso accade quando si affrontano questioni spinose, la soluzione vada ricercata in altri settori, per quanto possano sembrare estranei alla problematica che si ha necessità di disciplinare.²⁶⁸ Occorre, infatti, porre l'accento su ciò che sembra essere la vera costante

²⁶⁸ Sempre per andare a fondo delle origini e degli obiettivi dell'intera disciplina degli appalti pubblici, anche per comprendere quale impatto essa possa giocare sui servizi che sono resi su spazi demaniali

tra due materie apparentemente così diverse tra loro, come per l'appunto il settore degli appalti e il settore delle concessioni o delle autorizzazioni: la necessità che, attraverso procedure di evidenza pubblica²⁶⁹, condotte nel rispetto dei principi di eguaglianza, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e concorrenza, si individuino i candidati più idonei all'affidamento. In altre parole, lo scopo sotteso alle concessioni o autorizzazioni di tal genere sarebbe duplice: da un lato massimizzare l'interesse

affidati in concessione, si cfr. Causa 45/87, *Commissione c. Irlanda* [1998] ECR 4929 (*Dundalk*) e Causa C-243/89 *Commissione c. Danimarca* [1993] ECR I 3353 (*Storebelt*). Si cfr. Anche *Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea-Spunti di riflessione per il future*, Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996, su proposta dell'allora Commissario Mario Monti disponibile su http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_it.pdf ; Cfr. Anche *Comunicazione della Commissione Europea – Gli appalti Pubblici nell'Unione Europea*, dell'11 marzo 1998, COM (98) 143.

²⁶⁹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, GU L 376/36 del 27 dicembre 2006. L'art.12, sotto la dicitura "scelta tra più candidate" dispone: "1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è 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. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperative d'interesse generale conformi al diritto comunitario".

pubblico e dall'altro attrarre investimenti per aumentare la proficuità del bene o del servizio in questione.²⁷⁰

Tornando al settore degli appalti pubblici e alla necessità di ammodernare l'intero settore, le ultime iniziative legislative della Commissione Europea in materia rispondono all'esigenza di rendere più flessibile la procedura di aggiudicazione dei contratti pubblici e utilizzare gli stessi a sostegno di altre politiche.²⁷¹ Il pacchetto di modernizzazione²⁷², ormai trasformatosi nelle tre Direttive di cui sopra, conteneva tre iniziative legislative della Commissione: la prima dedicata alla procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali²⁷³; la seconda dedicata agli appalti pubblici in quanto tali²⁷⁴; la terza relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione.²⁷⁵

²⁷⁰ In riferimento alle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, si veda l'art. 37 del Cod. Nav. Italiano.

²⁷¹ Come indicato dalla Commissione Europea, tra le dodici azioni-chiave prioritarie da adottare entro la fine del 2012; Comunicazione "L'atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia, COM 2011 206.

²⁷² Sulle allora proposte di modernizzazione, si veda, *inter alia*, R. Williams, *Commission Proposal to modernise public procurement* (2012) PPLR 3, 101-105; S. Arrowsmith, *Modernising the European Union's Public Procurement Regime: a blueprint for real simplicity and flexibility* (2012) PPLR 3, 101-105; S. Treumer, *Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's Proposals of December 2011* (2012) PPLR 5, 153-166.

²⁷³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, del 20 dicembre 2011, COM 2011 895.

Per quanto riguarda le allora proposte di direttiva, si tenga presente che la base giuridica che accomunava le tre era triplice: l'art. 53(1) TFUE²⁷⁶, l'art. 62 TFUE²⁷⁷ e l'art. 114 TFUE.²⁷⁸ Va, altresì, precisato che la proposta che aveva per oggetto le procedure d'appalto degli enti erogatori e la proposta che aveva per oggetto gli appalti pubblici sono state predisposte a seguito di una consultazione pubblica lanciata dal *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'Ue in materia di appalti pubblici*, volto al raggiungimento di una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti²⁷⁹, e seguita da una conferenza pubblica nella quale si sono presi in esame i risultati della consultazione stessa.

²⁷⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, del 20 dicembre 2011, COM 2011 896.

²⁷⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti in concessione, cit.

²⁷⁶ L'art. 53 (1) TFUE dispone: Al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste.

²⁷⁷ L'art. 62 TFUE, collocate all'interno del capo dedicato ai servizi, dispone: "Le disposizioni degli articoli da 51 a 54 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente capo".

²⁷⁸ L'art. 114 TFUE disciplina l'adozione di misure per il ravvicinamento delle legislazioni volta all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno.

²⁷⁹ La consultazione è stata lanciata dal Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici- Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM 2011 15 def, svoltasi tra il 27 gennaio ed il 18 aprile 2011. Furono totalizzate 623 risposte.

A queste, si aggiunse, poi, una valutazione globale d'impatto e di efficacia della normativa europea in vigore in materia di appalti. Ciò che ne emerse fu che non vi era una dimensione concorrenziale sufficiente. Per quanto atteneva, invece, alla proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti in concessione, essa è stata preceduta da ben due consultazioni.²⁸⁰ Tali proposte furono poi accompagnate da una serie di documenti che funsero da valutazione d'impatto.²⁸¹

Vale la pena soffermarsi sulle novità apportate, in materia, da quelle che furono le prime due nuove proposte.²⁸² Per prima cosa, si ravvisa una generale semplificazione e una maggiore flessibilità delle procedure di appalto. Lo scopo, infatti, era quello di ridurre gli oneri amministrativi relativi alla procedura, sia per gli enti aggiudicatori sia per i partecipanti.

Si rilevi, *inter alia*, una maggiore flessibilità che consente di adeguare le procedure e gli strumenti, alla situazione particolare. Ciò prevede che due tipologie di procedure siano potenzialmente utilizzabili: la procedura aperta e quella ristretta.²⁸³ In

²⁸⁰La prima consultazione era aperta al grande pubblico, svoltasi tra il 12 maggio e il 9 luglio 2010, mentre la seconda, che era destinata agli ambienti imprenditoriali, alle parti sociali e agli enti aggiudicatori, si è svolta tra il 5 agosto ed il 30 settembre 2010

²⁸¹ Per quanto riguarda la direttiva sulle procedure di appalto che riguardano gli enti erogatori, si considerino SEC 2011 1585 e SEC 2011 1586; per quanto riguarda, invece, la proposta in materia di aggiudicazione dei contratti in concessione, si veda SEC 2011 1588 e SEC 2011 1589.

²⁸² La Direttiva "Concessioni" sarà esaminata nella parte successiva del presente capitolo.

²⁸³Per la direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali si affianca la procedura negoziata con o senza gara o il nuovo partenariato per l'innovazione; per la direttiva sugli appalti pubblici, invece, una procedura competitiva con negoziato,

aggiunta, è importante ricordare che le amministrazioni potranno altresì utilizzare e stipulare accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, ecc.

Un'altra importante caratteristica, oltre alla promozione di appalti elettronici, è l'abbreviazione dei termini, nonché, ad esempio, la distinzione tra criteri di selezione dei candidati e di aggiudicazione dell'appalto.²⁸⁴ Degna di menzione è, altresì, l'utilizzazione degli appalti per il raggiungimento degli obiettivi della strategia "Europa

una procedura negoziata senza pubblicazione preventiva, il dialogo competitivo o il partenariato per l'innovazione.

²⁸⁴Sui criteri di selezione, si veda: Causa C-470/99 *Universale Bau*, par 20, 21, 80-100; Cfr. Altresì *Clinton c. department for Employment and Learning* [2012] NIQB 2. Nella letteratura, si veda, in particolare P. McGovern, *Selection and Award Criteria: Clinton v Department for employment and Learning* (2012) PPLR 4, NA 215-219 e S. Treumer, *The Selection of qualified firms under EC Procurement Directives* (1998) PPLR 6, 147-154. Per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, invece si cfr. le Cause 31/87 *Beentjies*, C 19/00 *SIAC*, C 331/04 *ATI*, C 532/06 *Lianakis* nonché *Lettings v London Borough of Newham* [2008] EWHC 1583 (QB). In proposito, si veda anche l'utilissima OGC Action Note 04/09 del 29 aprile 2009 *Requirement to distinguish between "selection" and "award" stages of a public procurement, and to give suppliers complete information about the criteria used in both stages* disponibile su <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110822131357/http://www.ogc.gov.uk/documents/PPN0409.pdf>. Nella letteratura, si consulti anche B. Rayment, *A note on Lettings International v London Borough of Newham* (2009) PPLR 4, 147-149; J. Skilbeck, *Letting International-is there a distinction between criteria, subcriteria and even sub-sub criteria in procurement law?* Luglio 2008 disponibile su <http://monckton-com/docs/library/LettingInternationalNewhamJul08JSS.pdf>; S. Treumer, *The distinction between selection and award criteria in EC public Procurement law- a rule without exception?* (2009) PPLR 3, 103-111; T Kostonis, *The Nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: Lianakis V Dimos Alexandroupolis (C 532/06)* (2008) PPLR 4, NA 128-134.

2020”.²⁸⁵ In questo senso, ciò che le due Direttive consentono di fare è l'utilizzo, da parte degli enti aggiudicatori, del proprio potere di acquisto per l'ottenimento di merci e servizi che promuovano innovazione, l'ambiente, il contrasto del cambiamento climatico, migliorino le condizioni sociali e l'occupazione.

Altra importante peculiarità risiede nella vigilanza della correttezza delle procedure, evitando il più possibile conflitti d'interesse e comportamenti illeciti. Da rilevare, inoltre, la previsione di tre importanti misure di *governance*: prima fra tutti, l'individuazione di un'autorità unica incaricata del monitoraggio, attuazione e vigilanza, nonché la creazione di centri di conoscenza, volti a fornire agli enti, consulenza e assistenza nella preparazione e nello svolgimento delle procedure necessarie; degna di nota è inoltre l'instaurazione di una proficua cooperazione amministrativa che permetta agli organi di vigilanza degli Stati membri di scambiarsi informazioni, anche attraverso il sistema IMI.²⁸⁶

Nel contesto generale, è importante ricordare che gli appalti pubblici hanno un impatto notevole sull'economia europea: ben il 18% del PIL dell'intera Unione è speso dagli enti acquirenti per ottenere beni, lavori e servizi. Se a questo, si aggiunge che i servizi rappresentano oltre il 70% del PIL e della forza lavoro degli Stati Membri, è facile comprendere come, quando servizi, concessioni e appalti pubblici vengano a

²⁸⁵Tra gli obiettivi di “Europa 2020” vi sono il raggiungimento di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva.

²⁸⁶Regolamento n. 1024/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, relative alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno e che abroga la decisione 2008/49/CE della Commissione (“Regolamento IMI”), GU L 316 del 14 novembre 2012, pagg 1-11.

sovrapporsi, essi possono sicuramente costituire una leva di notevole rilievo per completare il mercato unico.

La riforma degli appalti pubblici rappresenta l'ultima tappa di un processo iniziato nel 1971²⁸⁷ e, approvato, poi, attraverso l'adozione delle Direttive 2004/17/CE²⁸⁸ e 2004/18/CE²⁸⁹, le quali hanno garantito procedure trasparenti e non discriminatorie, dando così piena attuazione alle libertà fondamentali già contenute nei Trattati fino all'adozione del nuovo pacchetto. L'impatto economico della disciplina appalti è stato e continua ad essere enorme: si può, infatti, senza dubbio affermare che la trasparenza è cresciuta notevolmente, la concorrenza è stata intensificata e la pubblica amministrazione ha potuto risparmiare risorse importanti.

Tuttavia, come evidenziato sopra, ciò che è emerso in maniera sempre più preponderante è che molti settori di pubblica utilità non sono ancora stati aperti alla

²⁸⁷Si tenga presente che tutto cominciò con la direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, GU L 185 del 16 agosto 1971 modificata da ultimo dalla direttiva 89/440/CEE, GU L 210 del 21 luglio 1989 e la direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, GU L 13 del 15 gennaio 1977, modificata da ultimo dalla direttiva 88/295/CEE, GU L 127 del 20 maggio 1988.

²⁸⁸Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, GU L 134 del 30 aprile 2004

²⁸⁹Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, GU L 134/114 del 30 aprile 2004.

concorrenza, permanendo, di fatto, come nel caso oggetto del presente lavoro, situazioni di chiusura del mercato.

Inoltre, occorre tenere presente che, trattandosi di un'area in cui vi è una forte compenetrazione tra settore pubblico e settore privato, il rischio di comportamenti illeciti, come, ad esempio, conflitti d'interesse e violazione delle norme in materia di libera concorrenza, è enorme. Ecco perché è disposta l'esclusione dalla procedura di selezione di candidati e offerenti, qualora si siano riscontrati tentativi di influenzare il processo selettivo.

Il considerando n. 100 della Direttiva 2014/24/UE e n. 105 della Direttiva 2014/25/UE, inoltre, ribadiscono l'opportunità di evitare che gli appalti pubblici in questione siano aggiudicati a individui, società o imprese che abbiano partecipato a un'organizzazione criminale o che siano rimasi coinvolti in corruzione o frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione²⁹⁰ o di riciclaggio di proventi di attività illecite. Inoltre, viene ribadito che il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali deve essere sanzionato con l'esclusione obbligatoria da qualsiasi gara.²⁹¹ Degno di

²⁹⁰ Sarà interessante valutare quale sarà l'interconnessione tra la disciplina degli appalti pubblici e, in particolare, l'opportunità, ivi menzionata, di evitare che essi siano aggiudicati a persone fisiche o giuridiche che siano coinvolte in organizzazioni criminali o in attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione con la "Proposta di regolamento del Consiglio per l'istituzione della Procura Europea, COM (2013) 534, secondo cui, dovrà essere stabilito un organismo indipendente chiamato, per l'appunto, Procura Europea, finalizzata all'indagine e all'accusa dei reati di frode o comunque dei reati che colpiscono gli interessi finanziari dell'Unione.

²⁹¹ Art 57par. 2 della direttiva 2014/24/UE.

menzione è, altresì, il fatto per cui gli enti aggiudicatori devono escludere candidati o offerenti che abbiano violato le norme in materia di concorrenza.

Le considerazioni fatte finora sono indubbiamente utili all'analisi svolta dal presente lavoro in materia di regolazione di servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione. Tralasciando per un momento la disamina dettagliata dell'impatto della disciplina degli appalti pubblici sulle attività economiche ivi analizzate, occorre constatare che, al considerando n. 90 e all'art. 76 della summenzionata Direttiva, si fa riferimento al fatto che i contratti di appalto vanno aggiudicati sulla base di criteri che garantiscano trasparenza e parità di trattamento e che non violino il principio di non discriminazione. Solamente attraverso criteri di tal portata si può assicurare che le offerte siano valutate nel rispetto di una concorrenza effettiva. Infatti, nella scelta dell'“offerta economicamente più vantaggiosa”, le amministrazioni possono inserire la previsione di specifiche tecniche o di condizioni di esecuzione di un appalto.

Pertanto, dovranno essere fissati dei criteri di aggiudicazione su cui saranno valutate le offerte per determinare quale, fra le più, dimostrerà il miglior rapporto qualità/prezzo. Nel determinare tali criteri, si deve considerare quale sia l'oggetto dell'appalto. Il considerando 94, in aggiunta, specifica che per quanto attiene agli appalti di servizi e di progettazione di lavori, gli enti aggiudicatori dovrebbero poter usare come criteri di aggiudicazione, ad esempio, l'organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale che sarà poi incaricato di eseguire il contratto in questione.

Nonostante possa sembrare scontato, è di vitale importanza che, come richiamato dal testo stesso della Direttiva la procedura di selezione non si riveli in alcun

modo, né direttamente né indirettamente, discriminatoria. Le procedure, inoltre, devono senza dubbio essere contenute nell'avviso con cui s'indica la gara o, comunque, in mancanza, devono essere riportate nei documenti di gara.

Sempre per evitare comportamenti scorretti atti a distorcere o falsare la concorrenza in un settore, come quello degli appalti, così delicato, è previsto che, qualora vengano apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, è come se si manifestasse, in maniera chiara ed esplicita, una volontà delle parti di rinegoziare il contratto.²⁹² Per questo motivo, qualora accada quanto sopra, come ricorda la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, sarà necessaria una nuova procedura di appalto. Qualora, invece, si tratti di circostanze che non potevano in alcun modo essere previste²⁹³, non sarà necessario provvedere ad una nuova procedura.

²⁹²Cfr. A. Brown, *Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main* PPLR 2010, 5, NA 160-166. Cfr. Anche Causa C-454/06, *Pressetext* e Causa C-91/08 *Wall*.

²⁹³ Considerando 109: “[...] In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a queste circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tuttavia, ciò non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture e i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile ipotizzare un'influenza ipotetica sul risultato”.

Sempre in linea con l'esigenza di garantire parità di trattamento e trasparenza, inoltre, l'aggiudicatario non deve essere sostituito da altro concorrente senza passare per una nuova procedura di appalto. Pertanto, anche a tali fini, è importante che la discrezionalità in capo agli enti aggiudicatori sia piuttosto limitata.

2.2.2. Principi generali della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la Direttiva 2004/17/CE.

Lungi da qualsiasi pretesa di esaustività in materia di appalti pubblici, la presente ricerca, come menzionato sopra, è volta a valutare il potenziale impatto degli appalti sui servizi che sono ivi oggetto di esame. Appare pertanto opportuno soffermarsi ad analizzare alcuni aspetti delle due Direttive. Ci si concentrerà, pertanto, sugli aspetti che saranno ritenuti rilevanti ai fini della regolazione dei servizi che sono resi su spazi demaniali in concessione. Tali aspetti, una volta individuati, saranno, poi, affrontati dettagliatamente.

La Direttiva 2014/25/UE²⁹⁴ disciplina, all'art. 36, i principi "cardine" per l'aggiudicazione degli appalti, quali, il principio di parità di trattamento²⁹⁵, di non

²⁹⁴Si veda, in merito, S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit. capitol 15, 16. Cfr. Anche *Nota esplicativa della Commissione europea-Direttiva Utenze-Definizione di diritti esclusivi o diritti speciali*. Nella letteratura, si veda anche T. Kotsonis, *Discriminatory Selection criteria and the nature of ward criteria-applying the Lianakis ruling in a utilities context: Commission v Greece (C-199/07)*, PPLR, 2010, 3, NA 77-90 e, sempre dello stesso autore, T. Kotsonis, *The definition of special or exclusive rights in the Utilities Directive: Leased Lines or Crossed Wires?* PPLR 2007, 1, 68-94.

²⁹⁵Cfr. C. H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, op. cit. pagg. 63-80.

discriminazione²⁹⁶, il principio di trasparenza²⁹⁷ e il principio di proporzionalità.²⁹⁸ Il considerando 17 riconosce il principio secondo cui lo Stato non può imporre agli operatori economici alcun requisito di forma societaria.²⁹⁹ In piena linea con il diritto primario e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sancisce il principio di parità di trattamento e di non discriminazione, anche in riferimento a prestatori di servizi che, pur avendo la nazionalità di uno degli Stati Membri dell'Unione europea, non provengono dallo stesso Stato degli aggiudicatori.

Ciò che sembra importante rilevare è, altresì, che gli Stati possono scegliere di prevedere che gli aggiudicatori debbano applicare procedure aperte, ristrette o negoziate, che però siano precedute da indizione di una gara, la quale potrà essere aperta o attraverso un avviso periodico indicativo, qualora il contratto sia aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata, o attraverso un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione ex art 68 se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata o un partenariato per l'innovazione o attraverso un bando di gara ex art. 69.

La Direttiva³⁰⁰ dispone che, nelle procedure aperte, ogni prestatore interessato può presentare un'offerta in risposta ad un avviso di gara, entro il termine minimo di

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Tale ipotetico requisito può altresì rappresentare una restrizione ed un ostacolo alla libertà di Stabilimento e alla libera circolazione dei Servizi ex gli artt. 49/56 TFUE nonché ai sensi della Direttiva 2006/123/CE.

³⁰⁰ Art. 45

trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando stesso. Tutte le offerte dovranno essere seguite dalla corresponsione delle informazioni necessarie richieste perché sia possibile la selezione qualitativa.

Qualora, invece, gli enti aggiudicatori abbiano pubblicato un avviso periodico indicativo che non è utilizzato quale mezzo d'indizione di una gara, il termine minimo, in presenza di talune condizioni³⁰¹, potrà essere ridotto fino a quindici giorni. In caso di motivi di urgenza debitamente dimostrati a causa dei quali i termini di cui sopra non possono essere rispettati, gli enti aggiudicatori possono fissare una scadenza che non sia inferiore a quindici giorni, che decorreranno dalla data di invio del bando di gara. Ulteriori riduzioni sono previste qualora l'ente stesso accetti che le offerte possano essere presentate in forma elettronica.

In caso di procedura ristretta³⁰², tutti gli operatori economici possono presentare domanda di partecipazione e rispondere così ad un avviso di gara, ammesso che essi forniscano le informazioni richieste perché si possa procedere alla selezione qualitativa. In questo caso, il testo dispone che il termine minimo sia fissato a non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o dell'invito a confermare interesse. Ciò che contraddistingue questa procedura da quella c.d. aperta è che nella presente soltanto gli operatori economici che saranno invitati dagli enti aggiudicatori saranno ammessi alla presentazione di un'offerta.³⁰³

³⁰¹Art 45, par 1, comma I.

³⁰²Art. 46.

³⁰³Gli enti aggiudicatori potranno altresì limitare il numero di candidati idonei a partecipare in conformità con l'art 78 par 2 (vedi art 46 comma II della Direttiva).

Per quanto riguarda il termine per la ricezione delle offerte, invece, potrà essere stabilito per via concertata tra l'ente e l'operatore economico, con la sola condizione che, come prevedibile, non sia violato il principio di parità di trattamento e di non discriminazione, ossia che tutti i candidati selezionati dispongano di un termine identico che consenta loro di redigere e presentare le offerte. Qualora non si arrivi ad un'intesa, sarà l'ente stesso a fissare un termine che non potrà essere inferiore ai dieci giorni dalla data di invito dell'invito a presentare offerte.

Per quanto attiene alle procedure negoziate con previa indizione di gara, invece, occorre porre in rilievo il fatto che qualsiasi operatore economico può presentare domanda di partecipazione in risposta ad un avviso di gara, ammesso che, come sempre, fornisca tutte le informazioni dovute perché si possa procedere a selezione qualitativa. In questo caso, il termine minimo è fissato a trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o se, come mezzo d'indizione della stessa è stato usato un avviso periodico indicativo, la scadenza decorrerà dalla data di trasmissione dell'invito a confermare interesse e non potrà essere inferiore ai quindici giorni.

Avvenuta la valutazione delle informazioni richieste, solamente coloro che saranno invitati dall'ente aggiudicatore saranno ammessi alla partecipazione ai negoziati.³⁰⁴ Anche in questo caso, il termine per la ricezione delle offerte può essere fissato in maniera concertata sempre che i candidati ottengano un termine identico. Qualora non si raggiunga un accordo, sarà, come sopra, l'ente stesso a disporre il

³⁰⁴ Anche in questo caso gli enti aggiudicatori potranno limitare il numero dei candidati ammessi a partecipare, in conformità all'art 78 par 2 della proposta di direttiva.

termine che, comunque, non potrà essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

La procedura negoziata senza previa indizione di gara³⁰⁵ può essere indetta nei casi tassativi indicati dalla Direttiva. Primo fra tutti, è, ad esempio, il caso in cui non vi sia stata alcuna offerta o essa non sia stata appropriata³⁰⁶ o non vi sia stata alcuna domanda di partecipazione in risposta ad una procedura con previa indizione di gara.³⁰⁷ La tassatività dei casi in cui è passibile che la gara non abbia luogo è giustificata dal fatto che gli enti aggiudicatori devono garantire che il processo selettivo si svolga nel massimo rispetto dei principi di parità di trattamento, di eguaglianza, trasparenza, pubblicità e concorrenza. La possibilità che vi sia mancanza di gara, come si può notare, rimane confinata a casi ben precisi. E' un'ipotesi residuale, così come rimane residuale il resto dell'elenco dei casi in cui sarà ammissibile che non si svolgano gare: quando un appalto è destinato a soli scopi di ricerca, sperimentazione, sviluppo. Oppure, quando, ad esempio, l'appalto consista nella realizzazione di un'opera d'arte, o quando, per assenza di concorrenza per motivi tecnici, *ergo* non per una limitazione artificiale della concorrenza, per protezione di brevetti e proprietà intellettuale o tutela di diritti

³⁰⁵Art. 50

³⁰⁶Un'offerta non è considerata appropriata se risulta essere irregolare o inaccettabile, non presenta pertinenza con l'appalto in questione e non può rispondere, quindi, alle esigenze dell'ente aggiudicatore specificate nei documenti di gara. Le offerte saranno, invece, considerate inaccettabili se sono state ricevute in ritardo, presentate da offerenti che non possiedono le qualifiche necessarie, o se il loro prezzo supera il bilancio dell'ente aggiudicatore stabilito prima dell'avvio della procedura di appalto o se siano anormalmente basse ai sensi dell'art 79 della proposta.

³⁰⁷Le condizioni iniziali di appalto non devono però risultare modificate.

esclusivi, beni, servizi o lavori possono essere forniti solo da un determinato operatore economico.³⁰⁸

In aggiunta, permane la possibilità per gli Stati Membri di disciplinare i partenariati per l'innovazione.³⁰⁹ In questi casi, qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un bando di gara. L'appalto è aggiudicato in base alle regole di procedura negoziata con previa indizione di gara, ai sensi dell'art 44, par. 4. lett b) e c) della Direttiva. Nel processo selettivo, quello cui gli enti dovranno prestare particolare attenzione, saranno i criteri relativi a capacità e esperienza dell'offerente, nonché alla messa a punto di soluzioni innovative. Anche in questo caso, il numero di candidati idonei ad essere invitati a partecipare potrà essere limitato.

E' importante menzionare il fatto per cui solo gli operatori economici invitati, una volta esaminate le informazioni richieste, possono presentare progetti di ricerca e innovazione con il preciso intento di soddisfare le esigenze dell'ente, esigenze che non possono essere soddisfatte con soluzioni esistenti. L'aggiudicazione avverrà sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Direttiva prevede, altresì, la possibilità di stipulazione di accordi quadro.³¹⁰ Si tratta di accordi conclusi tra uno o più enti aggiudicatori e uno o più operatori economici, con lo scopo di definire le clausole concernenti gli appalti da aggiudicare durante un dato periodo. Data l'insita pericolosità che tale strumento costituisce per un

³⁰⁸ Cfr. l'art 50 della Direttiva per le altre ipotesi.

³⁰⁹ Cfr. Art 49 della Direttiva.

³¹⁰ Cfr. art 51 della Direttiva.

mercato libero e concorrenziale, la riforma prevede che la durata non superi gli otto anni.

Gli appalti basati su un accordo quadro, inoltre, sono aggiudicati sulla base di norme e criteri oggettivi, che possono prevedere la riapertura del confronto competitivo tra operatori economici parti dell'accordo quadro concluso. Le norme e i criteri in questione sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro. E' proprio grazie a tali norme e criteri oggettivi che la parità di trattamento è garantita. Se prevista la riapertura della gara, gli enti aggiudicatori fissano un termine congruo per consentire di presentare le offerte a ciascun appalto specifico e li aggiudicano all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione contenuti nel capitolato dell'accordo. E' vietato ogni abuso volto ad ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Alquanto interessante sembra essere la previsione di appalti comuni tra enti aggiudicatori di Stati Membri diversi³¹¹, secondo cui amministrazioni aggiudicatrici di Stati differenti possono congiuntamente aggiudicare appalti pubblici: da un lato, infatti, enti di Stati diversi possono acquistare beni, lavori o servizi direttamente da una centrale di committenza ubicata in un altro Stato membro o facendo ricorso ad essa. In tal caso, le procedure da seguire devono rispettare le disposizioni nazionali dello Stato in cui è ubicata la centrale di committenza.

Dall'altro lato, in aggiunta, enti aggiudicatori diversi di Stati membri differenti possono aggiudicare congiuntamente un appalto tramite la conclusione di un accordo che va a disciplinare quali disposizioni nazionali si dovranno applicare alla procedura di

³¹¹Cfr. art 57 della Direttiva.

aggiudicazione³¹², l'organizzazione interna della procedura di aggiudicazione degli appalti, come anche la ripartizione delle responsabilità, la distribuzione dei lavori, dei beni e dei servizi che sono oggetto dell'appalto, nonché la conclusione di contratti.

Nel caso in cui siano più enti aggiudicatori di diversi Stati membri ad aver istituito un soggetto giuridico unico, coloro che vi prendono parte concordano, tramite una decisione dell'organismo competente, di applicare le norme in materia di appalti vigenti o nello Stato membro in cui il soggetto giuridico congiunto ha la sua sede sociale o quelle vigenti nello Stato membro in cui il soggetto congiunto esercita le sue attività. Da rilevare è che il presente accordo potrà valere per un periodo di tempo indeterminato se la modalità è stabilita nell'atto costitutivo del soggetto giuridico congiunto; altrimenti per un periodo di tempo determinato o per determinati contratti.

2.2.3.Procedura-La preparazione

Tanto per cominciare, vengono avviate delle consultazioni preliminari di mercato.³¹³ Prima di dare avvio ad una procedura di appalti, infatti, gli enti solitamente svolgono delle consultazioni per valutare struttura, capacità e risorse, con il fine, poi, di informare gli operatori economici degli appalti che sono stati programmati e dei requisiti richiesti. Vista la delicatezza della situazione, viene altresì disposto che qualora un determinato operatore economico abbia fornito informazioni all'ente aggiudicatore o

³¹² Potrà essere scelta la legge nazionale di un qualsiasi Stato membro nel quale è ubicato almeno uno di tali enti partecipanti.

³¹³ Cfr. art 58 della Direttiva.

abbia comunque partecipato alla preparazione dell'appalto, l'amministrazione debba assicurarsi che la concorrenza non sia stata falsata o distorta.

Ciò che l'ente dovrà fare sarà di comunicare anche agli altri candidati le informazioni pertinenti scambiate. Come misura estrema, qualora non sia possibile fare diversamente, il candidato o l'offerente potrà essere escluso dalla procedura.³¹⁴

Nei documenti di gara figurano le specifiche tecniche³¹⁵, le quali assicurano agli operatori economici parità di accesso alla procedura di aggiudicazione, senza che esse contribuiscano a creare ostacoli di alcun genere. Le specifiche tecniche sono formulate o in termini di prestazioni e di requisiti funzionali³¹⁶; o facendo riferimento a specifiche tecniche già contenute in disposizioni nazionali che a loro volta recepiscono norme europee; o ad omologazioni tecniche europee o, in mancanza, a norme nazionali e omologazioni tecniche nazionali; o in termini di prestazioni o requisiti funzionali; o mediante riferimento a specifiche tecniche o requisiti funzionali. Uno dei principi-base è che l'offerente deve provare, nella propria offerta, con qualunque mezzo appropriato,

³¹⁴ Candidati e offerenti possono provare che la loro partecipazione non ha alterato l'equilibrio concorrenziale.

³¹⁵ Cfr. punto 1 allegato VIII della Direttiva. Sulle specifiche tecniche si veda la stessa Direttiva 2004/18/CE, considerando 29, nonché l'art. 23 e l'annesso VI. Sempre in materia di specifiche tecniche, si cfr. Causa C-359/93 *Commissione c. Olanda* ECR [1995] I 00157 e Causa C 6/05, *Medipac*, [2007] ECR I 4557, comprese le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston. Interessante, a proposito, risulta altresì essere il documento dell'Office of Government Commerce del Regno Unito, *OGC Guidance on Technical specifications*, disponibile su <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://www.ogc.gov.uk/documents/NonDiscriminationInTechnicalSpecifications.pdf>

³¹⁶ Si considerino, in qualità di esempio, le caratteristiche ambientali.

che i beni, i servizi o i lavori ottemperino alle prestazioni e ai requisiti funzionali richiesti dall'ente aggiudicatore.

Inoltre, va sottolineato come gli enti aggiudicatori possano esigere che i prestatori forniscano una relazione o un certificato come mezzo di prova di conformità alle specifiche tecniche.³¹⁷ E' importante rilevare che, qualora l'operatore in questione non abbia la possibilità di ottenere la relazione o il certificato in oggetto, l'ente debba accettare mezzi di prova appropriati differenti. Inoltre, sempre che siano rispondenti ai requisiti minimi prescritti, gli enti possono prendere in considerazione ipotetiche varianti presentate da un offerente.³¹⁸

Tale possibilità, insieme ai requisiti minimi che dovranno essere rispettati e insieme alle modalità di presentazione, andrà richiamata all'interno del capitolato d'onori. Tuttavia, è d'uopo rilevare come, nelle procedure di aggiudicazione di appalti di forniture o di servizi, le amministrazioni che abbiano utilizzato varianti, non possono assolutamente respingerne una sola per il fatto che, qualora accolta, essa potrebbe configurare un appalto di servizi anziché un appalto di forniture e viceversa.³¹⁹

³¹⁷Cfr. art 62 della Direttiva.

³¹⁸Cfr. art 64 della Direttiva.

³¹⁹Tale disposizione si rivela interessante in vista di un'ipotetica configurazione di una nozione unitaria di appalto e, quindi, di concessione. Senza volersi addentrare nei dettagli delle possibili conseguenze che un'idea unica di appalto o concessione potrebbe apportare alle discipline in questione, basti considerare l'impatto che essa potrebbe avere sui servizi esaminati dal presente lavoro, ossia sui servizi che sono offerti su spazi demaniali affidati in concessione o autorizzazione. Per quanto attiene, ad esempio, alle concessioni demaniali-marittime turistico-ricreativo, è opportuno ricordare l'annosa questione secondo la quale, a detta degli interessati, la Direttiva "Servizi" non potrebbe essere ad esse applicabile proprio in

2.2.4.Pubblicità e trasparenza

Gli enti o le amministrazioni aggiudicatrici possono indicare l'intenzione di programmare appalti³²⁰ pubblicando, dopo l'avvio di esercizio di bilancio, un avviso periodico indicativo.³²¹ Se una gara viene aperta attraverso un avviso periodico indicativo per procedure ristrette e negoziate previa indizione di gara, l'avviso dovrà fare esplicito riferimento alle forniture, lavori o servizi che saranno oggetto dell'appalto, indicare che l'appalto verrà aggiudicato con procedura ristretta o negoziata senza un ulteriore avviso di indizione di gara e invitare, altresì, gli operatori economici che vi abbiano interesse a manifestarlo per iscritto.

Inoltre, esso dovrà contenere le informazioni necessarie³²² ed essere pubblicato non oltre dodici mesi prima della data di invito a confermare interesse. Per quanto riguarda i bandi³²³, il testo stabilisce che essi possono essere utilizzati per indire una gara per tutte le procedure.³²⁴

quanto le summenzionate concessioni non rientrerebbero nella nozione di concessioni di servizi, ma all'interno della nozione di concessioni di beni pubblici. Tralasciando per un momento il fatto per cui il diritto europeo deve prendere in esame la sostanza e non la forma- e già andrebbe da sé che esse non potrebbero certamente essere qualificate quali mere concessioni di beni- appare chiaro come una nozione unitaria potrebbe aiutare nel dirimere certe spinose questioni.

³²⁰Cfr. art 67 della Direttiva.

³²¹Cfr. L'allegato VI parte A sezione I.

³²² Cfr. L'allegato VI parte A sezione I e II.

³²³Cfr. L'art 69 della Direttiva.

³²⁴Cfr. L'allegato XI e pubblicati ex art 69

Entro un mese dall'aggiudicazione di un appalto³²⁵, gli enti aggiudicatori inviano un avviso che comunica agli operatori interessati l'avvenuta aggiudicazione, ossia i risultati della procedura di appalto.³²⁶ Qualora si tratti di accordi quadro ex art 51, gli enti sono esentati dall'obbligo di invio di un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione per ogni appalto.

E' importante, altresì, rilevare che i bandi e gli avvisi summenzionati contengono specifiche informazioni³²⁷ e sono presentati su modelli uniformi stabiliti dalla Commissione. Tali bandi, una volta redatti, sono trasmessi alla Commissione per via elettronica e pubblicati entro cinque giorni dalla loro trasmissione.³²⁸

Gli avvisi, invece, sono pubblicati per esteso in una delle lingue dell'Ue scelta dall'ente aggiudicatore. Per ovviare ad eventuali rischi di violazione del principio di parità di trattamento o di eguaglianza e per evitare di circuire le normative europee, gli avvisi e i bandi di cui sopra non possono essere pubblicati a livello nazionale prima che non lo siano stati a livello UE.³²⁹ E' altresì importante notare che avvisi e bandi pubblicati nello Stato Membro in questione, non possono riportare informazioni differenti rispetto a quelle che erano state inserite nelle versioni trasmesse alla Commissione.

³²⁵Cfr. art 70 della Direttiva.

³²⁶Si fa riferimento alle informazioni menzionate nell' allegato XII. La pubblicazione deve avvenire ex art 71 della Direttiva.

³²⁷Si vedano gli allegati XI, X, VI parte A, VI parte B e XII

³²⁸Conformemente all'allegato IX

³²⁹Cfr. l'art 72 della Direttiva.

Per quanto riguarda gli inviti a presentare un'offerta o a partecipare ad una trattativa, nonché gli inviti a confermare interesse, occorre distinguere³³⁰: qualora si tratti di procedure ristretta, di partenariati per l'innovazione o di procedure negoziate previa indizione della gara, le amministrazioni invitano nello stesso tempo e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare. Se per indire una gara è stato, invece, utilizzato un avviso periodico indicativo³³¹, gli enti invitano simultaneamente e per iscritto gli operatori che hanno già manifestato un interesse a confermarlo. Tali inviti dovranno menzionare un indirizzo elettronico presso il quale saranno disponibili il capitolato d'oneri e gli altri documenti.³³²

Gli enti aggiudicatori comunicano, su richiesta della parte interessata, al massimo entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta, i motivi del rigetto della domanda di partecipazione a ogni candidato escluso, il motivo del rigetto dell'offerta a ogni offerente escluso, nonché i motivi per cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali. Ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, comunica le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta che invece è stata selezionata, il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto, nonché lo svolgimento e l'andamento delle trattative e del dialogo con gli offerenti.

³³⁰Cfr. l'art 74 della Direttiva.

³³¹Cfr. l'art 44 par 4 lett a)

³³²Esse comprendono le informazioni di cui all'allegato XIII

Per quanto riguarda, invece, i principi generali che si applicano ai fini della selezione dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione³³³, si tenga presente che gli enti che hanno deciso criteri di esclusione degli offerenti o dei candidati³³⁴ dovranno escludere coloro che sono stati individuati e che soddisfano tali criteri. Le amministrazioni poi selezionano gli offerenti e i candidati secondo i criteri oggettivi stabiliti dalla direttiva stessa.³³⁵ Nel caso in cui si tratti di procedure ristrette, procedure negoziate con indizione di gara o nei partenariati per l'innovazione, gli enti aggiudicatori riducono il numero dei candidati.³³⁶

Quando gli enti aggiudicatori selezionano i partecipanti ad una procedura ristretta o negoziata e decidono sulla qualificazione, essi non possono, proprio in virtù del principio di non discriminazione e di parità di trattamento, imporre il rispetto di condizioni di carattere amministrativo, tecnico o finanziario ad alcuni prestatori senza imporre ad altri, o pretendere prove o giustificativi già presenti nella documentazione disponibile. Conseguentemente, gli enti verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti selezionati e aggiudicano l'appalto. Qualora, invece, si tratti di procedure aperte, gli enti o le amministrazioni potranno decidere di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti.³³⁷

³³³Cfr. art 76 della Direttiva.

³³⁴Cfr. l'art 78 par 1 o l'art 80 par 1 della Direttiva.

³³⁵Cfr. gli artt 78 e 80 della Direttiva.

³³⁶ ex art 78 par 2, ma in conformità con lettere a) e b) dell'art. 76, par. 1 della Direttiva.

³³⁷Si faccia presente che le disposizioni dagli artt 76 a 84 della Direttiva devono essere rispettate.

2.2.5. Aggiudicazione dell'appalto.

La Direttiva riprende, nella sottosezione dedicata all'aggiudicazione dell'appalto³³⁸, il solocriterio secondo il quale, scegliendo a preferenza, gli enti aggiudicatori possono procedere all'aggiudicazione: l'offerta economicamente più vantaggiosa. L'ente dovrà individuare l'offerta più vantaggiosa sulla base di criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione. Oltre al prezzo, ad esempio, potranno essere presi in considerazione la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche o pratiche, accessibilità, carattere innovativo, impatto ambientale.

Per quanto riguarda gli appalti di servizi o gli appalti che comportano la progettazione di lavori, si può tenere conto dell'organizzazione, delle qualifiche o dell'esperienza del personale. Conseguentemente, una volta aggiudicato il contratto, il personale potrà essere sostituito solo con il consenso dell'ente aggiudicatore. E' importante sottolineare come i criteri di aggiudicazione non conferiscono all'ente aggiudicatore una libertà di scelta illimitata, ma garantiscono, invece, una concorrenza effettiva.

Un punto assai interessante, che potrà giocare un ruolo importante per quanto attiene alla regolazione dei servizi esaminati dal presente lavoro, è costituito dal concetto di calcolo dei costi del ciclo di vita³³⁹, che si tratti di un prodotto, di un servizio o di un lavoro. I costi di tale calcolo comprendono: costi interni, come costi di acquisizione o di produzione, costi all'uso, come i costi di manutenzione e costi al fine

³³⁸Cfr. art 82.

³³⁹ Cfr. art 83 della Direttiva.

vita; sono ascrivibili al calcolo summenzionato anche i costi ambientali esterni, a patto che il loro valore possa essere chiaramente quantificato.

Gli enti aggiudicatori, nel valutare i costi, indicano, nei documenti di gara, il metodo utilizzato per il calcolo, metodo che deve essere stato elaborato alla luce di informazioni scientifiche o di criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori, deve essere stato istituito per un'applicazione ripetuta o continua e deve essere accessibile a tutte le parti interessate. Le amministrazioni permettono ai prestatori che partecipano alla gara di applicare un metodo diverso, purché si possa ritenere equivalente e sia rispettoso dei requisiti di cui sopra.

L'ente aggiudicatore, inoltre, impone ai prestatori di fornire spiegazioni sul prezzo, a patto che il costo sia di oltre il 50% inferiore al prezzo medio o ai costi medi delle altre offerte e che il prezzo o il costo sia di oltre il 20% inferiore ai costi della seconda offerta più bassa e che siano state presentate almeno cinque offerte. L'ente o l'amministrazione in questione potrà rifiutare l'offerta solo se la prova non giustifica il basso livello di prezzi o di costi applicati.

2.2.6. Principi generali della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE.

La Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che ha abrogato la preesistente Direttiva 2004/18/CE³⁴⁰, nel suo primo considerando mette in chiaro che le procedure di

³⁴⁰ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, GU L 134/114 del 30 aprile 2004.

aggiudicazione degli appalti pubblici devono rispettare le libertà fondamentali, come la Libera Circolazione delle Merci, Libertà di Stabilimento e la Libera Prestazione di Servizi e, insieme ad esse, come sembra logico, i principi che ne derivano, quali il principio di parità di trattamento, di non discriminazione, il mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza. In aggiunta, non da ultimo, rende esplicito che le norme in materia di appalti devono rispettare il principio di concorrenza.

E', inoltre, d'uopo ricordare come, nel tentativo di rendere più chiaro che cosa s'intenda quando si parla di appalto, la Direttiva specifichi che per "acquisizione" di forniture, lavori o servizi a titolo oneroso si debba far riferimento ad un concetto alquanto ampio. Al concetto di "acquisizione" è, infatti, ancorato quello di "vantaggio" ottenuto dagli enti appaltanti.³⁴¹

Ciò viene in rilievo anche per quanto riguarda il c.d. appalto unico, in quanto, vista la soglia *de minimis* al di sotto della quale la presente direttiva non potrà applicarsi, sarà il valore complessivo dell'insieme di tutti i contratti che afferiscono all'appalto stesso a venire in rilievo. L'appalto unico, che dovrà essere pubblicizzato nella sua interezza, con la possibilità di suddividerlo in lotti, comprende ogni fornitura, servizio o lavoro che si renda eventualmente necessario per la realizzazione di un dato progetto.³⁴²

³⁴¹Cfr. considerando 1 della Direttiva in esame. Come esposto sopra, potrebbe rivelarsi estremamente interessante la trasposizione del concetto ivi esposto nel settore delle concessioni. Un concetto "unico" di concessione potrebbe essere utile.

³⁴² Ammesso che soddisfino un'unica funzione economica e tecnica e il collegamento tra gli stessi appaia logico.

Anche all'interno della presente Direttiva viene ribadita la necessità di fare fronte ai possibili conflitti di interesse, nonché possibili comportamenti illeciti che possono tentare non solo di influenzare il processo decisionale, ma altresì tendere alla conclusione di accordi con altri concorrenti.

Ciò che emerge dal considerando 42 è proprio l'esigenza di una maggiore flessibilità, soprattutto per quanto attiene all'accesso a una procedura di appalto che preveda la negoziazione. Per questo, gli enti aggiudicatori dovrebbero essere in grado di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziato qualora procedure aperte o ristrette senza negoziazioni non portino ad aggiudicazioni soddisfacenti. Indubbiamente, il punto fermo che non deve mai venire meno è costituito dal rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Questa maggiore flessibilità dovrebbe portare ad una maggiore percentuale di successo nelle procedure di carattere transfrontaliero, proprio in virtù del fatto che, a quanto pare, i contratti aggiudicati con procedura negoziata con pubblicazione preventiva garantiscono una miglior riuscita.

Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori dovrebbero poter utilizzare, in casi appropriati, il dialogo competitivo³⁴³, visto che in tutti i casi in cui si è ricorso a tale procedura si è registrato un incremento notevole in termini di valore contrattuale. Ciò, in particolar modo, si è rivelato comprovato quando le amministrazioni non sono in grado di definire quali possano essere i mezzi che soddisfino le proprie esigenze o di valutare quello che il mercato può offrire.

³⁴³Si veda, a proposito, *Nota esplicativa della Commissione europea- Dialogo Competitivo-Direttiva classica* (Doc CC/2005/04 revisionata nel 2005 e poi nel 2008). Si veda anche, *inter alia*, T. Kotsonis, *Taking Stock: The Competitive Dialogue four years on*, Infrastructure Journal, 2010.

Ciò che emerge dal presente testo, è, altresì, che le procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara devono rimanere l'eccezione, come, per esempio, in tutte quelle circostanze in cui la pubblicazione non sia possibile per cause di forza maggiore o laddove risulti chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe una maggiore competitività.³⁴⁴

Inoltre, anche in questo caso, si presenta la problematica concernente l'aggiudicazione di appalti pubblici da parte di amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a Stati Membri diversi³⁴⁵. Nonostante già la Direttiva 2004/18/CE prevedesse abbastanza chiaramente che fosse possibile l'instaurazione di una forma di collaborazione negli appalti transfrontalieri, ciò che accade, in realtà, è che le barriere giuridiche rendono *de facto* estremamente difficoltosa, se non impossibile, l'aggiudicazione di appalti comuni.

Tale situazione non appare più accettabile: anche le amministrazioni devono poter sfruttare i benefici del mercato interno facendo leva sulla possibilità di creare economie di scala. L'esigenza si rivela essere, in questo caso, quella di stabilire regole comuni che facilitino la cooperazione amministrativa attraverso l'individuazione, ad esempio, della legge applicabile.

Un rischio concreto, in materia di appalti pubblici, risiede nel fatto che, spesso, ciò che potrebbe verificarsi è che le specifiche tecniche stabilite da enti o

³⁴⁴Ciò si verificherebbe, ad esempio, nel caso in cui un solo operatore economico sia in grado di realizzare l'appalto.

³⁴⁵Art. 39 della Direttiva.

amministrazioni, restringano in realtà la concorrenza con il fine specifico di favorire uno specifico prestatore.³⁴⁶

Per garantire l'accesso delle PMI, invece, viene previsto che gli appalti debbano potersi dividere in lotti con l'ulteriore possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici possano limitare il numero di quest'ultimi per i quali un prestatore possa presentare offerta. Lo scopo, infatti, sarebbe quello di salvaguardare la concorrenza evitando concentrazioni eccessive.³⁴⁷ Altra importante considerazione da farsi, riguarda il fatto che le amministrazioni aggiudicatrici non devono poter esigere che le imprese in questione abbiano un fatturato sproporzionato rispetto al valore stimato dell'appalto. La *ratio* di tale previsione risiede indubbiamente nel fatto che requisiti di tal guisa costituiscono ostacoli alla partecipazione delle PMI.³⁴⁸

Non da ultima, la necessità di ridurre gli oneri amministrativi che derivano, il più delle volte, dalla richiesta di produrre certificati e altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione, come si è visto sopra in riferimento alla Direttiva sulle procedure di appalto per gli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

La scelta di preferire il sistema dell'autocertificazione può rivelarsi strategica non solo per gli operatori, ma anche per gli enti stessi. Ciò detto, occorre sottolineare che le amministrazioni devono poter richiedere prove, in mancanza delle quali, esse non

³⁴⁶Cfr. Considerando 74 della Direttiva.

³⁴⁷Cfr. Considerando 36 della Direttiva.

³⁴⁸Cfr. Considerando 83 della Direttiva.

dovrebbero concludere contratti di appalto. Sempre nell'ottica dell'esemplificazione, si segnala la possibilità dell'adozione del c.d. passaporto europeo degli appalti pubblici.³⁴⁹

Come per la Direttiva sopra esaminata, si rende, *a fortiori*, necessario impedire che gli appalti pubblici vengano aggiudicati a prestatori che abbiano preso parte ad organizzazioni criminali o che si siano rivelati colpevoli di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari dell'UE.³⁵⁰ In aggiunta, si manifesta l'esigenza di rendere obbligatoria l'esclusione, a livello europeo, di prestatori che hanno mancato di pagare imposte o contributi previdenziali. Interessante è, altresì, la previsione che gli enti aggiudicatori dovrebbero poter procedere all'esclusione, anche nei casi in cui vi siano state violazioni in materia di diritto della concorrenza.

Di fondamentale importanza, come in tutta la disciplina relativa agli appalti pubblici, è il principio secondo il quale i contratti devono essere aggiudicati sulla base di criteri oggettivi che tutelino la trasparenza, la parità di trattamento e non discriminatori. Come appare chiaro dalla trattazione delle due Direttive, la necessità che le gare siano espletate attraverso procedure che garantiscano in maniera effettiva la concorrenza, anche e soprattutto grazie al fatto che tutti gli offerenti siano trattati allo stesso modo, senza alcuna discriminazione basata sulla nazionalità o di altro genere, con criteri obiettivi e con procedimenti trasparenti, risulta essere il filo conduttore dell'intero impianto normativo.

³⁴⁹Cfr. Considerandi 83 e 84 della Direttiva. La Commissione ha istituito il sistema elettronico e-CERTIS, aggiornato e consultato dalle stesse autorità nazionali. Il fine è di facilitare lo scambio dei documenti necessari. Si ritiene, tuttavia, che tale sistema informatico possa sfruttare a meglio le proprie potenzialità rendendo la manutenzione e il ricorso allo stesso obbligatorio.

³⁵⁰Cfr. considerando 100 della Direttiva.

Anche nei casi che rientrano nell'applicazione della presente Direttiva, viene previsto, in linea con tutta la disciplina, che le amministrazioni aggiudicatrici aggiudichino l'appalto secondo l'offerta economica più vantaggiosa.³⁵¹ Nella determinazione di quest'ultima, comunque, gli enti possono valutare i costi dell'intero ciclo di vita, sempre a condizione che le procedure di calcolo siano stabilite in modo obiettivo e non discriminatorio.³⁵² E' d'uopo evidenziare come, per quanto riguarda gli appalti di servizi e per quelli che comportano la progettazione di lavori, le amministrazioni dovrebbero poter utilizzare l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire il contratto in questione come criteri di aggiudicazione, proprio in virtù del fatto che essa può comunque incidere su qualità e valore economico dell'offerta.

Per quanto riguarda, invece, le offerte che risultino basse in maniera anormale³⁵³, va detto che la Direttiva conferma che le amministrazioni o gli enti aggiudicatori dovrebbero essere tenuti a domandare spiegazioni alle imprese in

³⁵¹In questo caso le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a scegliere dei criteri di aggiudicazione sulla base dei quali valuteranno le offerte per determinare quale sia quella che meglio risponde alle esigenze delle stesse. Per quanto riguarda la determinazione dei criteri, invece, appare chiaro che essi dipenderanno dall'oggetto dell'appalto, come definito dalle c.d. specifiche tecniche. E', altresì importante ribadire come, anche in questo caso, i criteri di aggiudicazione prescelti non possono conferire alle amministrazioni una libertà incondizionata di scelta.

³⁵²Sono compresi tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, forniture o servizi, sia i costi interni sia i costi esterni, ammesso che siano monetizzabili e controllabili. E' altresì richiamata l'esigenza che sia elaborato un metodo di calcolo a livello europeo e che, una volta adottato, sia reso comunque obbligatorio (considerando 92).

³⁵³Cfr. Considerando 102

questione, qualora l'offerta sotto esame sia notevolmente inferiore rispetto ai prezzi degli altri offerenti. Nel caso in cui il prestatore non sia in grado di dare spiegazioni, è d'obbligo che l'ente in questione rifiuti l'offerta, soprattutto quando la differenza discenda da un mancato rispetto della normativa europea.³⁵⁴

Come richiamato dalla Corte di Giustizia³⁵⁵, occorre rammentare che è necessaria una nuova procedura di appalto quando, in corso d'opera, vengono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, soprattutto per quanto attiene al campo di applicazione, al contenuto di diritti e obblighi delle parti. In presenza di tali circostanze, infatti, si presume che le parti manifestino una tacita intenzione a rinegoziare elementi essenziali o condizioni contrattuali.³⁵⁶ Qualora, invece, si presentino circostanze che non era possibile prevedere³⁵⁷, tenuto conto anche dei mezzi a disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, occorre la flessibilità di poter procedere all'adattamento della situazione in corso senza bisogno di ricorrere a nuova procedura.³⁵⁸

³⁵⁴Come, per esempio, normativa in materia di previdenza sociale, diritto del lavoro, diritto ambientale, disposizioni internazionali di diritto del lavoro.

³⁵⁵Cfr. C. H. Bovis, *EU Public Procurement*, op. cit.

³⁵⁶Cfr. Considerando 107

³⁵⁷Si richiede il requisito che la fase di aggiudicazione sia preparata ragionevolmente e diligentemente.

³⁵⁸Il considerando 109afferma che tale regola non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto ossia quando si sostituiscono lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure qualora si verifichi una variazione sostanziale del tipo di appalto. In questo caso si ipotizza un'influenza ipotetica sul risultato.

Rimane, tuttavia, fermo il principio secondo cui, in virtù della tutela dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, non deve essere possibile che l'aggiudicatario sia sostituito da un altro prestatore senza che la procedura d'appalto venga riaperta.³⁵⁹ In riferimento, invece, ai singoli contratti le amministrazioni dovrebbero poter prevedere modifiche con clausole di revisione senza che, così facendo, esercitino una discrezionalità illimitata.³⁶⁰

Ciò che sembra essere emerso con certezza, riguarda il fatto che gli Stati Membri non vigilerebbero in maniera coerente ed organizzata su attuazione e funzionamento delle norme in materia di appalti. Dalla presente situazione, deriverebbero notevoli costi. Infatti, se è vero che alcuni Stati Membri hanno designato un organismo centrale nazionale che si occupa di appalti, è altresì vero che non esiste un quadro omogeneo, proprio perché i compiti affidati a tali organi variano notevolmente da Stato a Stato.

Ciò cui occorrerebbe mirare, è la creazione di organismi di vigilanza chiari e affidabili. In questo modo si contribuirebbe ad aumentare la certezza del diritto per imprese ed enti aggiudicatori e, in più, si realizzerebbero sicuramente condizioni effettivamente paritarie. In aggiunta, risulta sempre più evidente la necessità che, una volta creati, tali organismi siano coordinati a livello UE.

Per questo motivo, ogni Stato membro dovrebbe dotarsi di un'unica autorità nazionale che s'incarichi del monitoraggio, attuazione e vigilanza della disciplina in questione. Facendo riferimento a particolari poteri di cui un organismo siffatto potrebbe

³⁵⁹Cfr. considerando 110

³⁶⁰Cfr. considerando 111

essere dotato, si pensi alla possibilità di ispezionare i testi dei contratti conclusi.

Indubbiamente, come messo in luce dal testo stesso³⁶¹, perché tale sistema funzioni in maniera efficace ed efficiente, occorre, che si garantisca una cooperazione tra gli organismi stessi, i quali, affinché si realizzi un'applicazione delle norme su tutto il territorio dell'Unione, devono essere in grado di condividere informazioni e cooperare tra loro. Tali organismi, inoltre, potrebbero fungere da punto di contatto privilegiato con la Commissione per raccolta dati, scambio informazioni, monitoraggio dell'attuazione della normativa in materia di appalti.

2.2.7. Procedure

Per quanto attiene alle procedure in materia di appalti pubblici, va ricordato che la presente Direttiva rimarca il fatto per cui le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali e fanno in modo che queste ultime rispettino i principi esposti nella stessa. Possono essere scelte procedure aperte o ristrette, nonché partenariati per l'innovazione. Può anche essere utilizzata una procedura competitiva con negoziato o dialogo competitivo.³⁶² Gli Stati mantengono, comunque, la facoltà di non introdurre la procedura competitiva con negoziato, il dialogo competitivo o il partenariato per l'innovazione.

Ai sensi dell'art. 26 della proposta, la gara può essere indetta o mediante un bando di gara o, nel caso in cui il contratto sia aggiudicato attraverso procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione da un ente locale, mediante un avviso di

³⁶¹Cfr. considerando 125

³⁶²Art. 26, par. 4 della Direttiva.

preinformazione.³⁶³ In quest'ultimo caso, i prestatori che hanno manifestato un interesse sono invitati successivamente a confermare per iscritto.³⁶⁴ Sarà possibile ricorrere a procedura negoziata senza pubblicazione preventiva solo in casi tassativamente previsti.³⁶⁵

Per quanto attiene alla procedura aperta³⁶⁶, va rimarcato che, anche in questo caso, ogni operatore può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara, con termine minimo di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste per la selezione qualitativa. Se le amministrazioni hanno pubblicato un avviso di preinformazione che non è, in effetti, utilizzato quale mezzo d'indizione di gara, il termine minimo può essere di quindici giorni.³⁶⁷ Ulteriori riduzioni sono possibili se le offerte possono essere presentate per via elettronica.

Per quanto attiene alla procedura ristretta³⁶⁸, invece, anche in questo caso, qualsiasi operatore può chiedere di partecipare in risposta ad un avviso di indizione di gara, ammesso che presenti le informazioni necessarie per la selezione qualitativa. Il termine minimo, in questo caso, è fissato a trenta giorni dalla trasmissione del bando o,

³⁶³Cfr. art 26 par 5 della Direttiva.

³⁶⁴*Ibid.*

³⁶⁵Cfr. art 32 della Direttiva.

³⁶⁶Cfr. art. 27 della Direttiva.

³⁶⁷Se l'avviso contiene le informazioni richieste di cui all'allegato VI parte B sezione I o se l'avviso sia stato inviato per essere pubblicato non meno di quarantacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

³⁶⁸Cfr. art 28 della Direttiva.

nel caso in cui sia utilizzato un avviso di preinformazione, dalla data dell'invito a confermare interesse. Anche qui, solo gli operatori economici che sono stati invitati a seguito della valutazione delle informazioni inviate possono presentare l'offerta.³⁶⁹ Il termine minimo sarà di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare l'offerta.

Se le amministrazioni, al contrario, hanno pubblicato un avviso di preinformazione che non è usato quale mezzo d'indizione di gara, il termine può essere ridotto a dieci giorni.³⁷⁰ Ulteriori riduzioni sono disponibili nel caso in cui le offerte possono essere presentate in maniera elettronica, nonché per motivi di urgenza debitamente dimostrata.

Nel caso in cui, invece, si svolga una procedura competitiva con negoziazione, è d'uopo ricordare che qualsiasi operatore può domandare di partecipare in risposta ad un avviso di indizione di gara, ammesso che fornisca le informazioni necessarie per la selezione qualitativa. La fase che contraddistingue la presente procedura consta nel descrivere, da parte delle amministrazioni, l'appalto, i requisiti minimi nonché i criteri di aggiudicazione. Solo in questo modo i prestatori interessati potranno individuare esattamente di che tipologia di appalto si tratti e decidere se fare domanda per prendere parte ai negoziati oppure no.

³⁶⁹Le amministrazioni possono comunque limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura, ai sensi dell'art 64.

³⁷⁰Se l'avviso contiene le informazioni di cui all'allegato VI parte B sezione I e se l'avviso sia stato inviato alla pubblicazione non meno di 35 giorni e non oltre dodici mesi dalla data di trasmissione del bando di gara.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, in questo caso, è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, nel caso in cui si tratti di un avviso, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è sempre di trenta giorni che decorrono, però, dalla trasmissione dell'invito stesso. Tuttavia, è opportuno sottolineare che solo quegli operatori che sono stati invitati dalle amministrazioni in seguito alla valutazione delle informazioni possono presentare un offerta scritta. Questa, infatti, sarà poi la base dei negoziati stessi. Le amministrazioni possono, anche in questo caso, limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura.³⁷¹

Successivamente, le amministrazioni negoziano con i prestatori le offerte presentate con il fine di migliorarne il contenuto e di rispondere, così, ai criteri di aggiudicazione, nonché ai requisiti minimi. Tuttavia, occorre mettere in evidenza come, nel corso dei negoziati, né la descrizione dell'appalto, né le specifiche tecniche che definiscono i requisiti minimi, né tantomeno i criteri stessi di aggiudicazione potranno mai essere modificati³⁷².

Per non violare il principio della parità di trattamento gli enti aggiudicatori si premureranno di non fornire informazioni che possano avvantaggiare alcuni a scapito di altri. Per questo motivo, tutti gli offerenti dovranno altresì essere informati per iscritto di tutte quelle modifiche alle specifiche tecniche diverse da quelle che stabiliscono i requisiti minimi; ciò per consentire ai prestatori di modificare le offerte e di

³⁷¹Cfr. art 29, par 2, nonché art. 65 della Direttiva.

³⁷²Cfr. art 29, par 2 della Direttiva.

ripresentarle. Le soluzioni proposte non possono in alcun modo essere rivelate ai concorrenti.

Il dialogo competitivo³⁷³ permette che qualsiasi operatore possa chiedere di partecipare in risposta ad un avviso di indizione di gara, ammesso, come sempre, che fornisca le informazioni necessarie affinché possa avvenire la selezione qualitativa. Il termine minimo è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Solo gli operatori economici che sono invitati dagli aggiudicatori, tuttavia, possono partecipare al dialogo. Anche in questo caso le amministrazioni possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura.³⁷⁴ E' importante rilevare che l'appalto può essere aggiudicato solamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Gli aggiudicatori pubblicano un bando di gara all'interno del quale evidenziano le necessità e le esigenze, definendole, e stabiliscono, al contempo i criteri di aggiudicazione. Una volta selezionati i candidati, viene avviato un dialogo volto ad individuare, prima, e a definire, poi, i mezzi più idonei a soddisfare le necessità.³⁷⁵ Tutte le sfaccettature dell'appalto in questione potranno essere discusse, nella fase di dialogo, con i candidati selezionati. Anche durante la fase del dialogo, è fondamentale che le amministrazioni garantiscano la parità di trattamento.

³⁷³Cfr. art 30 della Direttiva.

³⁷⁴Cfr. art 65 della Direttiva.

³⁷⁵ Sulla fase di dialogo, si cfr. Causa C 21/03 *Fabricom SA c Belgio* [2005] ECR I 1559. Cfr. Anche S. Treumer, *Technical dialogue and the principle of equal treatment-dealing with conflicts of interest after Fabricom*, PPLR 2007, 2, 99-115. Cfr., altresì, S. Treumer, *Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers* PPLR 1999, 3, 147-160.

Per questo motivo, è d'uopo evitare che informazioni sensibili, che possano in un qualche modo avvantaggiare taluni offerenti rispetto ad altri, non siano divulgate. E' fatto divieto agli aggiudicatori, altresì, di rivelare le soluzioni proposte da un qualsiasi candidato senza il suo consenso. Il dialogo dovrà proseguire fintanto che l'aggiudicatore non è in grado di individuare la soluzione che soddisfi le sue esigenze. Chiuso il dialogo e informati i partecipanti, le amministrazioni non faranno altro che invitare gli operatori a presentare le loro offerte in base alle soluzioni presentate. Tali offerte sono valutate alla stregua dei criteri di aggiudicazione.

In caso di partenariato per l'innovazione³⁷⁶, qualsiasi operatore economico può presentare una domanda per partecipare in risposta ad un bando di gara, con il fine di creare un partenariato strutturato per lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi, nonché per il successivo acquisto degli stessi, a condizione che i risultati corrispondano a prestazioni e costi concordati. Tale tipologia di appalto è aggiudicata secondo le regole di procedura competitiva con negoziazione.³⁷⁷ In questo caso, per selezionare i candidati adatti, le amministrazioni considerano con particolare riguardo i criteri relativi a capacità ed esperienza nel settore individuato, nonché nel settore della ricerca e dello sviluppo.

Anche in questa procedura è ammessa la possibilità che le amministrazioni limitino il numero di candidati ammessi a partecipare alla procedura. Solo coloro che sono invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici, a seguito della valutazione delle informazioni richieste, potranno presentare progetti di ricerca volti a soddisfare esigenze

³⁷⁶Cfr. art 31 della Direttiva.

³⁷⁷Cfr. art 29 della Direttiva.

che, per lo meno allo stato dei fatti, non possono trovare soluzione. L'appalto potrà essere aggiudicato solo sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La procedura negoziata senza pubblicazione preventiva³⁷⁸ è ammessa solo in casi tassativi: quando, ad esempio, in risposta ad una procedura aperta o ristretta non sia giunta alcuna offerta o alcuna offerta appropriata³⁷⁹ o alcuna domanda di partecipazione o domanda di partecipazione appropriata; quando lo scopo dell'appalto riguarda la creazione o ottenimento di un'opera d'arte; o quando lavori, forniture o servizi possono esser forniti solamente da un particolare prestatore per assenza di concorrenza dovuta a motivazioni tecniche, per protezione di brevetti o diritti d'autore o per tutela di altri diritti esclusivi; o quando, per causa di forza maggiore i termini per le altre procedure non possono essere rispettati.

2.2.8. Preparazione

Anche per quanto attiene agli appalti pubblici in generale, è previsto che, prima dell'avvio della procedura, le amministrazioni interessate svolgano consultazioni di mercato.³⁸⁰ Per evitare che, durante tale fase, soggetti interessati a partecipare possano

³⁷⁸Cfr. art 32 della Direttiva.

³⁷⁹Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata a rispondere alle esigenze dell'aggiudicatore e ai requisiti indicati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è, invece, ritenuta appropriata se l'operatore economico deve o può essere escluso a norma dell'art. 57 o non soddisfa i requisiti di cui all'art. 58 della Direttiva.

³⁸⁰Cfr. art 40 della Direttiva.

poi pregiudicare il principio di parità di trattamento o di non discriminazione, gli aggiudicatori adottano tutte le misure necessarie; ad esempio, comunicano agli altri interessati o offerenti le informazioni scambiate durante la preparazione della procedura, nonché la fissazione del termine adeguato per la ricezione delle offerte. Solo qualora non vi siano altri mezzi disponibili a garantire quanto sopra, il soggetto in questione sarà escluso dalla procedura, salvo prova che la partecipazione non possa in alcun modo distorcere la concorrenza.

Per quanto riguarda le specifiche tecniche³⁸¹, va precisato che esse figurano nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture. A ulteriore garanzia della parità di trattamento e della non discriminazione, è, altresì, sancito che esse non possono in alcun modo comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Le specifiche possono essere previste, *inter alia*, o in termini di prestazioni o requisiti funzionali o mediante riferimento a tecniche specifiche, in particolare a norme nazionali che recepiscono norme europee, omologazioni tecniche europee. In mancanza di un quadro sovranazionale, possono essere previste con riferimento a omologazioni tecniche o specifiche tecniche nazionali. Esse possono altresì essere definite in termini di prestazioni o requisiti funzionali.

Gli aggiudicatori possono comunque richiedere agli operatori in questione di presentare, a prova della conformità con le specifiche tecniche, una relazione di un organismo riconosciuto o un certificato rilasciato da un organismo riconosciuto³⁸² o

³⁸¹Cfr. art 42 della Direttiva e punto 1 dell'allegato VIII.

³⁸²Cfr. art 42 della Direttiva.

equivalente. Se, tuttavia, il prestatore in questione non ha la possibilità di ottenere accesso a tale documentazione o non può ottenerla nei termini, le amministrazioni accettano anche altri mezzi di prova.

2.2.9. Pubblicità e Trasparenza

Le amministrazioni, anche in questo caso, possono manifestare l'intenzione di programmare appalti attraverso la pubblicazione di un avviso di preinformazione dopo l'avvio dell'esercizio di bilancio.³⁸³ Qualora si tratti di procedure ristrette e competitive con negoziato, le amministrazioni locali possono utilizzare un avviso di preinformazione per indire una gara a condizione che esso si riferisca specificatamente alle forniture, lavori o servizi che saranno oggetto dell'appalto da aggiudicare, indichi che l'appalto sarà aggiudicato attraverso una procedura ristretta o competitiva con negoziato senza l'ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara e inviti gli operatori interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto, contenga le informazioni necessarie³⁸⁴ e sia stato pubblicato non oltre dodici mesi prima della data di invio dell'invito a confermare interesse.

Gli aggiudicatori possono altresì utilizzare un bando di gara come mezzo di indizione per tutte le procedure³⁸⁵, il quale deve comunque essere pubblicato.³⁸⁶ Passati trenta giorni dalla conclusione del contratto a seguito di aggiudicazione, viene inviato

³⁸³Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'allegato VI parte B sezione I

³⁸⁴Cfr. allegato VI parte B sezione I e allegato VI parte B sezione II

³⁸⁵Cfr. allegato VI parte C

³⁸⁶Cfr. art 49 della Direttiva.

da parte delle amministrazioni un avviso di aggiudicazione³⁸⁷ che richiami i risultati della procedura.³⁸⁸ E' opportuno sottolineare che gli avvisi, oltre a contenere le informazioni necessarie, sono redatti su modelli uniformi, il quali sono stabiliti dalla Commissione stessa, e trasmessi a quest'ultima.

I bandi e gli avvisi , anche in questo caso, non possono essere pubblicati a livello nazionale prima della pubblicazione ex art. 51, ma, soprattutto, non possono assolutamente contenere informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi alla Commissione.³⁸⁹

Per quanto attiene agli inviti a presentare offerte, a partecipare al dialogo o agli inviti a confermare interesse, nelle procedure ristrette, di dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione o nelle procedure competitive con negoziazione, gli aggiudicatori invitano allo stesso tempo e per iscritto i soggetti in questione a presentare le proprie offerte. Nel caso si tratti di dialogo competitivo i candidati vengono invitati alla partecipazione al dialogo. Se, invece, è stato usato un avviso di preinformazione per indire una gara, gli operatori vengono invitati a confermare interesse.

Le amministrazioni, comunque, informano i candidati e gli offerenti delle decisioni riguardanti l'aggiudicazione dell'appalto, nonché degli eventuali motivi che hanno portato alla non aggiudicazione.³⁹⁰ Su richiesta di parte, l'amministrazione comunica, al massimo entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta, ad ogni

³⁸⁷Cfr. informazioni allegato VI parte D e sono pubblicati conformemente all'art 49

³⁸⁸Cfr. art 50 della Direttiva.

³⁸⁹Cfr. art 52 della Direttiva.

³⁹⁰Cfr. art 55 della Direttiva.

candidato escluso le ragioni del rigetto della domanda di partecipazione, ad ogni offerente escluso le ragioni del rigetto della sua offerta, ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionata il nome del concorrente cui è stato aggiudicato l'appalto, nonché lo svolgimento e l'andamento delle trattative e del dialogo con gli offerenti.

2.2.10. Selezione dei partecipanti e aggiudicazione dei contratti

Affinché l'appalto sia aggiudicato³⁹¹, occorre, innanzitutto, che l'offerta sia conforme ai requisiti, condizioni e criteri indicati nel bando o nell'invito a confermare interesse, nonché nei documenti di gara, e che l'offerta provenga da un offerente che non sia stato escluso³⁹² e che soddisfi i criteri di selezione fissati dall'ente o dall'amministrazione aggiudicatrice³⁹³ e che le norme e i criteri siano non discriminatori.³⁹⁴ L'amministrazione può non aggiudicare l'appalto se l'offerta migliore non soddisfa, almeno in forma equivalente, *inter alia*, gli obblighi in materia di diritto ambientale.

Per quanto riguarda le procedure aperte, le offerte possono essere esaminate prima della verifica dei criteri di selezione, sempre che il contratto non venga aggiudicato ad un offerente che, ai sensi della normativa³⁹⁵ avrebbe dovuto essere escluso o che non soddisfi i criteri di selezione. In merito, va ricordato che, ai sensi di

³⁹¹Cfr. artt da 67 a 69 della Direttiva.

³⁹²Cfr. art. 57 della Direttiva.

³⁹³Cfr. art 56 della Direttiva.

³⁹⁴*Ibid.*

³⁹⁵Cfr. art 57 della Direttiva.

quanto previsto nella Direttiva³⁹⁶, le amministrazioni possono stabilire che le condizioni di partecipazione si riferiscano ad abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, alla capacità economico-finanziaria, a capacità tecnico-professionali. Indubbiamente, esse potranno accettare, quali mezzi di prova, le autocertificazioni.³⁹⁷

E' possibile, per le amministrazioni, limitare il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e che inviteranno a presentare un'offerta o a partecipare al dialogo.³⁹⁸ Ciò potrà avvenire, ammesso che vi sia un numero sufficiente di candidati qualificati, nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive e di partenariato per l'innovazione. Nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse dovranno comunque essere indicati i criteri o le norme che, in maniera obiettiva e non discriminatoria, intendono applicare. Nelle procedure ristrette dovranno comunque essere invitati almeno cinque candidati, nella procedura competitiva con negoziato, nella procedura di dialogo competitivo o nel partenariato per l'innovazione il numero minimo sarà di tre. La *ratio* di tali disposizioni risiede nel garantire un grado di concorrenza che sia sufficiente ed effettivo.³⁹⁹

³⁹⁶Cfr. art 58 della Direttiva.

³⁹⁷*Ibid.*

³⁹⁸*Ibid.*

³⁹⁹L'obbligo è di invitare un numero di candidati pari almeno al numero minimo. Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità è inferiore al numero minimo, possono essere invitati altri candidati che siano in possesso delle capacità richieste.

2.2.11. Aggiudicazione dell'appalto

Anche nella Direttiva “Appalti”, il criterio sul quale si basano le amministrazioni per aggiudicare gli appalti, corrisponde all’offerta economicamente più vantaggiosa. Quando si fa riferimento all’offerta economicamente più vantaggiosa, si utilizzano criteri connessi all’oggetto dell’appalto stesso, quali, *inter alia*, qualità, caratteristiche estetiche e funzionali, progettazione, organizzazione, esperienza del personale.⁴⁰⁰ E’ importante ribadire che tali criteri di aggiudicazione non comportano che gli aggiudicatori abbiano una libertà di scelta illimitata. L’amministrazione, comunque, precisa nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse, nei documenti di gara o, qualora si tratti di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, quale sia la misura valutativa attribuita a ciascuno dei criteri scelti per determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa.

Venendo ai costi del ciclo di vita, si trattenga che, anche in questo caso, si considerano come tali, sia i costi interni, sia i costi ambientali esterni, come accennato sopra. Resta invariato il fatto per cui, se le amministrazioni valutano i costi facendo riferimento a un sistema di costi del ciclo di vita, la metodologia⁴⁰¹ applicata deve essere indicata nei documenti di gara.

⁴⁰⁰Cfr. Art 67 della Direttiva.

⁴⁰¹Come richiamato dall’art 68, la metodologia deve essere stata elaborata sulla scorta di informazioni scientifiche o sulla base di criteri oggettivi; deve essere stata istituita per un’applicazione ripetuta o continua; deve essere accessibile a tutte le parti interessate

Qualora l'offerente non sia in grado di fornire la documentazione richiesta, o la dichiarazione fornita dall'offerente sia falsa, l'appalto non può essere aggiudicato.⁴⁰² Viene altresì ribadito⁴⁰³ il fatto che le amministrazioni o gli enti aggiudicatori possono pretendere che gli operatori forniscano spiegazioni su prezzo e costi nel caso in cui quest'ultimi siano anormalmente inferiori rispetto a lavori, forniture o servizi.

Tali informazioni possono riferirsi all'economia del processo di fabbricazione dei servizi, alle soluzioni tecniche prescelte o alle condizioni tecniche di cui l'offerente dispone, all'originalità dei lavori, dei servizi o delle forniture, al rispetto degli obblighi ex art 18, par. 2 e ex art. 71 della Direttiva, nonché all'eventualità che l'offerente in questione ottenga un aiuto di Stato. L'offerta può essere respinta se la prova fornita non giustifica, in maniera sufficiente, il costo.

2.2.12. La *ratio* e i principi in materia di appalti pubblici e i servizi offerti su spazi demaniali assegnati in concessione o autorizzazione: penetrazione e zone d'ombra

Una disamina così attenta della disciplina appalti potrebbe sembrare fuori luogo, giacché l'oggetto del presente lavoro verte sulla regolazione dei servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione e, conseguentemente, sul rapporto che intercorre tra Direttiva "Servizi"⁴⁰⁴ e concessioni/autorizzazioni.⁴⁰⁵ Tuttavia, come

⁴⁰²Cfr. art 67 della Direttiva.

⁴⁰³Cfr. art 69 della Direttiva.

⁴⁰⁴ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, OJ L 376/36, 27.12.2006;

apparirà in maniera sempre più evidente in seguito, vi sono due elementi che fanno sì che appalti pubblici e concessioni siano strettamente legati l'uno all'altro e che, per una efficace ed efficiente regolazione delle seconde, occorre un'attenta disamina dei primi.

Il primo dei due elementi ivi richiamati attiene al fatto che, mancando, fino alla recente adozione della Direttiva 2014/23/UE, in seno al diritto dell'Unione, una disciplina coordinata o armonizzata delle concessioni, proprio in virtù dell'enorme disparità dei regimi in vigore nei vari Stati Membri⁴⁰⁶, la Corte di Giustizia ha ripetutamente preso in prestito, come poi si vedrà in maniera dettagliata più avanti, i principi che più afferivano e che tuttora determinano l'ossatura della disciplina degli appalti, per sciogliere quesiti giuridici che, attraverso rinvii pregiudiziali, venivano ad essa sottoposti in materia di concessioni di servizi e di lavori pubblici; il secondo dei due elementi che va a forgiare un legame indissolubile tra appalti e concessioni è

⁴⁰⁵In merito alla disciplina delle concessioni, si veda al rapporto tra Direttive Appalti e concessioni; Si veda anche *Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards nor or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives* del 23.6.2006; Si veda, altresì, *Commission interpretative Communication on Concessions Under Community Law*, OJ C 121/02, 29.4.2000; Da ultimo, quale approdo normativo di un lungo percorso, si veda la recente Direttiva "Concessioni" di cui si parlerà nei prossimi paragrafi.

⁴⁰⁶ Inizialmente, la Commissione tentò di proporre sin da subito un atto giuridicamente vincolante che andasse a disciplinare le concessioni di servizi. Tuttavia, gli Stati Membri giudicarono tale opzione come troppo intrusiva degli ordinamenti giuridici nazionali. La Commissione, quindi, desistette, anche in virtù del fatto che, oltre a mancare la volontà politica, il regime concessorio variava enormemente di Stato in Stato. Per una panoramica generale, si veda P. Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, OUP 2006.

costituito proprio dalla Direttiva “Concessioni”⁴⁰⁷, la quale, pur marcando una differenza di forma tra i due istituti⁴⁰⁸, dimostra che, a livello di principi e di *ratio*, vi sia una compenetrazione rilevante.

In aggiunta, come largamente sostenuto in dottrina⁴⁰⁹, la materia degli appalti pubblici costituisce una sorta di “diritto pubblico della concorrenza” proprio in virtù del fatto che, mentre la disciplina *antitrust* viene per lo più applicata da parte del potere pubblico per contenere quello privato, quando esso minacci o realizzi una distorsione dei mercati, la materia degli appalti, così come le quattro libertà fondamentali e come gli aiuti di Stato, si preoccupa di controllare che non sia il potere pubblico a favorire, più o meno direttamente, imprese nazionali o ad anteporre, nella scelta di colui che dovrà fornire un bene, un servizio o un lavoro, considerazioni che nulla abbiano a che fare con il mercato interno.⁴¹⁰

L’eventuale mancanza, totale o parziale, di un’efficiente disciplina degli appalti pubblici potrebbe, a ragione, essere definita come “il costo di non-Europa”⁴¹¹ o, in

⁴⁰⁷ A riguardo, si veda: A.S. Graells, “What need and logic for a new Directive on Concessions, particularly regarding the issue of their economic balance?” EPPPLR 2012 7(2). Per un approccio critico di chi sostiene che occorrerebbe un’unica consolidata e semplificata direttiva in materia di contratti pubblici che sia applicabile anche alle concessioni, si veda S. Arrowsmith, “Modernising the EU’s public procurement regime; a blueprint for real simplicity and flexibility”, PPLR 2012.

⁴⁰⁸ Cfr. Paragrafo successivo.

⁴⁰⁹ Cfr. C. H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2013

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ P. Cecchini, M. Catinet, A. Jacquemin (1988) *The European Challenge: 1992. The Benefits of a Single Market* (Aldershot: Wildwood House).

maniera molto più semplice, come una “barriera all’entrata di natura non fiscale”. In realtà, è proprio una definizione del genere che, rilevando come una “non legislazione” in materia di appalti e concessioni possa costituire una barriera all’ingresso per imprese che sono stabilite o che operano in altri Stati Membri, denuncia quanto sia importante osservare ciò che accade nel campo della legislazione in materia di appalti, anche se il fine è normare e regolare una particolare tipologia di servizi, quale quella considerata nel presente lavoro.

Se, infatti, come poi sarà evidenziato, la Corte di Giustizia ha da sempre utilizzato i principi cardine della disciplina appalti per coprire il vuoto normativo in materia di concessioni e se, proprio in vista della modernizzazione della prima, la Commissione ha, per la prima volta, presentato una proposta di direttiva, poi sfociata in un testo legislativo vero e proprio, che miri a regolamentare anche l’aggiudicazione dei contratti di concessione che superano una certa soglia di valore, appare comunque probabile⁴¹² che la tipologia di servizi ivi esaminati e che, per l'appunto, sono offerti su spazi demaniali affidati in concessione o autorizzazione, rimangano esclusi dal campo di applicazione della direttiva in questione, e che, pertanto, siano relegati in quella zona “grigia” all’interno della quale occorre fare riferimento ai principi e agli obblighi derivanti dal Trattato e dalle Direttive Appalti, nonché a quell’articolo della Direttiva Servizi, ossia l’art.12, che sembra avere una vera e propria funzione di “grimaldello”.

Prima di addentrarsi in una disamina della Direttiva 2014/23/UE, appare d’uopo ivi richiamare quali siano i principi che, pur essendo propri della disciplina “appalti”,

⁴¹²Stando ai recentissimi emendamenti approvati dal Parlamento europeo, le concessioni demaniali sembrerebbero essere state esplicitamente escluse dal campo di applicazione della direttiva.

trovano una pressoché speculare applicazione anche nel campo delle concessioni: il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, il principio di parità di trattamento, il principio di trasparenza, il principio di proporzionalità, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di effettività e il principio di concorrenza.

Il principio di non discriminazione basata sulla nazionalità è un principio generale del diritto europeo⁴¹³, nonché un diritto fondamentale.⁴¹⁴ In materia di appalti pubblici, esso trova vita nella previsione di quattro diverse procedure di selezione e di aggiudicazione: procedura aperta, procedura negoziata, procedura ristretta e dialogo competitivo. Si parla di procedura aperta quando è legittimato a presentare domanda ogni operatore economico interessato.

Si fa riferimento a una procedura negoziata quando l'autorità pubblica in questione possa consultare l'appaltatore di propria scelta e negozi, con esso, le condizioni contrattuali. All'interno della stessa, si distingue, inoltre, tra procedura negoziata con avviso, in cui tutti gli operatori economici possono presentare un'offerta, mentre l'autorità appaltante potrà selezionare i candidati con i quali vorrà poi negoziare, e una procedura senza avviso, costituita da una sola fase procedurale, in cui le autorità pubbliche in questione potranno scegliere chi riterranno opportuno e procedere poi alla negoziazione. Per quanto riguarda la procedura ristretta, invece, solo gli operatori che saranno invitati dall'ente appaltante potranno presentare offerta.

La procedura denominata “dialogo competitivo”, invece, è stata introdotta proprio per far fronte al fatto che sia le procedure aperte che quelle ristrette risultavano

⁴¹³Cfr. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, OUP, 2006

⁴¹⁴Cfr. Art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

inadeguate per l'aggiudicazione di contratti complessi, soprattutto quando si trattasse di concessioni o di partenariati pubblico-privati. La cosiddetta "fase dialogata", in questo caso, si manifesta durante la fase di aggiudicazione.

Il principio di parità di trattamento, invece, richiede che le regole debbano conoscersi in anticipo e applicarsi a tutti i soggetti in questione e nella stessa maniera. Inoltre, è altresì d'obbligo che, sia nella selezione, sia nella valutazione degli operatori economici, l'idoneità dei partecipanti avvenga seguendo criteri individuati in maniera oggettiva; ciò al fine di eliminare ogni possibilità di arbitrarietà e discriminazione nel processo decisionale.⁴¹⁵ Sempre secondo il principio di parità di trattamento, i criteri di selezione che riguardano la posizione degli operatori economici hanno effetto diretto.⁴¹⁶

Il principio di trasparenza prevede l'introduzione di un sistema "aperto" della gara e, conseguentemente, anche di un maggiore grado di responsabilità da parte dell'appaltante. Esso si realizza assicurando un'adeguata promozione della stessa, volta a diffondere tutte le informazioni necessarie che diano la possibilità ai concessionari potenziali di decidere se siano interessati a partecipare o meno. Le autorità appaltanti debbono altresì dichiarare le proprie intenzioni di gara pubblicamente prima di lanciare una concessione.

Già la Corte di Giustizia⁴¹⁷, come poi si vedrà più approfonditamente nel prossimo paragrafo, aveva stabilito che le autorità aggiudicatrici hanno l'obbligo di

⁴¹⁵*Ibid.*

⁴¹⁶Causa C-76/81, *SA Transporoute et travaux c. Ministero dei lavori pubblici*, [1982] 00417

⁴¹⁷Cfr., inter alia, M. Krugner, "The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions", PPLR 2003; Cfr., altresì, A. Brown, "Seeing through

garantire un livello adeguato di divulgazione durante il processo di aggiudicazione. E' d'uopo, altresì, rilevare che proprio grazie al summenzionato principio verrebbe eliminato ogni rischio potenziale di discriminazione diretta sulla base della nazionalità.

Più trasparenza deve comportare un livello di divulgazione e di promozione dei contratti pubblici che superino una certa "soglia di interesse" su scala europea. Ciò si manifesta nella pubblicazione degli avvisi di gara, del bando di gara con le relative procedure e criteri di aggiudicazione e, da ultimo, dell'avviso di aggiudicazione. Gli effetti concreti di tale principio consistono, per quanto riguarda i contratti pubblici, in un maggiore risparmio da parte della pubblica amministrazione e nel raggiungimento di un certo grado di efficienza.

Il principio di proporzionalità, secondo cui ogni misura adottata deve rivelarsi necessaria e appropriata proprio alla luce degli obiettivi perseguiti, richiede che gli Stati Membri non possano imporre, durante il processo di selezione dei candidati, condizioni tecniche, professionali e finanziarie che siano eccessive o sproporzionate. Inoltre, secondo il principio di proporzionalità, la durata della concessione deve essere pensata in una maniera tale che non limiti la concorrenza oltre al tempo necessario al concessionario per recuperare gli investimenti effettuati. Il principio del mutuo riconoscimento, invece, richiede che uno Stato Membro debba accettare servizi offerti da operatori economici provenienti da altri Stati Membri, se riconosciuti come equivalenti.

transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty", 2007, PPLR; Cfr., anche S. de Mars, "The Limits of general principles: a procurement case study" ELRev 2013

Tali principi, come richiamato sopra⁴¹⁸, discendono non solamente dalle Direttive “Appalti” e dalla Direttiva “Concessioni”, ma derivano principalmente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dai Trattati.⁴¹⁹ L’oggetto della presente ricerca è costituito, come più volte ribadito, da una particolare tipologia di servizi, ossia quelli che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione. Se, quindi, i principi che sono stati utilizzati fino ad ora dalla Corte, con l’intento di colmare il vuoto normativo riguardante le concessioni, sono stati presi in prestito dalla disciplina degli appalti e dai Trattati stessi, occorre rammentare che, nonostante la Direttiva 2014/23/UE, permane tuttora una zona “scoperta” in cui non trova applicazione il diritto secondario. Ne consegue che, stando così le cose, i summenzionati principi, nella modalità evidenziata dalla giurisprudenza, continuano ad operare.

Si deve altresì menzionare che, in materia di concessioni, vi sono altri due principi che trovano piena cittadinanza all’interno della disciplina e che si rivelano fondamentali nella regolazione della tipologia di servizi ivi presa in considerazione: il principio di Libertà di Stabilimento e il principio di Libera Prestazione di Servizi. Com’è facile intendere, essi discendono direttamente dal diritto primario e, essendo delle libertà fondamentali, possono essere considerati alla stregua di veri e propri diritti fondamentali.⁴²⁰

⁴¹⁸*Ibid.*

⁴¹⁹*Ibid.*

⁴²⁰Cfr. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU- The four freedoms*, CUP 2013

Senza addentrarsi nuovamente nel contenuto degli stessi⁴²¹, appare comunque ragionevole ricordare che è proprio su questo piano che la disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni da un lato, e quella della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione di Servizi dall'altro, giungono ad un punto di congiuntura tale da arrivare a gettare più luce sulla disciplina concessoria.

La norma “ponte” che funge da raccordo tra le diverse discipline e che, in combinato disposto, va ad inserirsi e nell'ambito dei servizi e dei contratti pubblici, è proprio l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE.⁴²²Tale disposizione, infatti, che impone che, come ricordato sopra, qualora il numero delle autorizzazioni sia limitato, sia per la scarsità delle risorse naturali sia per capacità tecnica, debba essere prevista una procedura di evidenza pubblica per scegliere tra più candidati, ha una vera e propria funzione di “saldatura” tra normativa in materia di servizi, appalti pubblici, concessioni e autorizzazioni. In altre parole, essa esercita una vera e propria funzione “appaltante e concessoria”.⁴²³

In conclusione, si può pertanto affermare che l'impatto della Direttiva “Servizi” e delle Direttive in materia di contratti pubblici sui servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione si traduca in ciò che è disposto all'art. 12 della stessa Direttiva “Bolkestein”, ossia nel fatto che, proprio in virtù dei principi sopra

⁴²¹Si veda Capitolo I.

⁴²²Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, OJ L 376/36, 27.12.2006; Cfr. I paragrafi 1-2 del presente capitolo.

⁴²³Si veda, sul punto, A. Usai “Caught Between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC-Still a grey area in search for legal certainty”, EPPPL review 4/2014.

esposti derivanti dal Trattato, dalle direttive in materia di appalti e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, qualora ci si trovi di fronte a un'attività economica che possa essere qualificata come "servizio" e non sia possibile garantire un numero illimitato di autorizzazioni, poiché risorse naturali o capacità tecnica sono scarse, lo Stato o le pubbliche amministrazioni debbono prevedere una gara volta a selezionare tra più candidati. Ciò anche nel caso in cui la Direttiva "Concessioni" non trovi applicazione.

2.2.14. I principi applicabili in materia di appalti pubblici secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nonostante la recentissima Direttiva 2014/23/UE costituisca un tentativo di colmare una sorta di *vacuum* normativo del diritto secondario nella disciplina delle concessioni, appare utile richiamare come, anche in virtù di quanto evidenziato sopra, la Corte di Giustizia abbia fatto riferimento ai principi che derivano dai Trattati e dalle direttive in materia di contratti pubblici per "normare"⁴²⁴ un settore, come quello delle concessioni, che si prestava a vere e proprie elusioni⁴²⁵ da parte degli Stati Membri.

⁴²⁴Il termine utilizzato può apparire improprio, in quanto, trattandosi di sentenze, si potrà controbattere che la Corte interpreta, ma non legifera. Se da un lato è vero che la Corte non può, in effetti, avere poteri legislativi, è altrettanto vero che l'ordinamento giuridico europeo è un ordinamento misto di common law e di civil law e che le sentenze, sebbene risolvano casi concreti, hanno, di fatto, valenza generale e contribuiscono, come si può notare per le concessioni, a formare il diritto dell'Unione.

⁴²⁵Ciò che accadeva e che, in parte, accade tuttora, è che proprio in virtù del fatto che le concessioni di servizi non sono, al momento, regolate da alcun atto di diritto derivato, gli Stati Membri tendevano a mascherare dei veri e propri contratti di appalto come delle concessioni. La finalità era, chiaramente, quella di sfuggire all'applicazione delle strette regole imposte dalle direttive in materia.

Infatti, in *Comune di Ancona c. Regione Marche*⁴²⁶, la Corte ha ricordato che le concessioni di servizi non sono, al momento, regolate da alcuna tipologia di legislazione a livello europeo, ma che, come dimostrato in *Telaustria e Telefonadress*⁴²⁷, a regolare tale materia vi sono comunque i Trattati e i principi di parità di trattamento e di non discriminazione basata sulla nazionalità, dai quali discende un vero e proprio obbligo di assicurare una divulgazione sufficiente da consentire che la procedura di aggiudicazione si svolga secondo il principio di concorrenza e che l'imparzialità di essa possa essere sottoposta a controllo giurisdizionale.⁴²⁸

Tuttavia, se la Corte afferma e ribadisce che l'aggiudicazione non debba svolgersi in violazione dei principi summenzionati, ammette che non necessariamente vi sia l'obbligo, da parte dell'autorità concedente, di ricorrere ad un vero e proprio bando di gara.⁴²⁹ La Corte continua sostenendo che, qualora sia riscontrata la mancanza di qualsiasi forma di trasparenza, tuttavia, si verificherebbe una vera e propria violazione del principio di parità di trattamento e che, a meno che non sia giustificata da circostanze oggettive, ciò darebbe luogo ad una discriminazione diretta con conseguente violazione degli artt. 49 e 56 TFUE.⁴³⁰

⁴²⁶ Causa C-388/12, *Comune di Ancona c. Regione Marche*

⁴²⁷ Causa C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contro Telekom Austria AG*, interveniente: *Herold Business Data AG*, [2000] I 10745;

⁴²⁸ *Ibid.*, par 45.

⁴²⁹ Come ribadito nella causa C-260/04, *Commissione c. Italia* [2007], par 24 e nella causa C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle e Région de Bruxelles Capitale*, [2008], par 25

⁴³⁰ Come ricordato nella causa C-347/06, *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano*, [2008] I 05641, par 60.

In *Belgacom*⁴³¹, la Corte ha ribadito che nonostante la materia sotto esame non sia coperta dal diritto secondario, il diritto primario, ossia, nella fattispecie, gli artt. 49 e 56 TFUE e i principi che ne discendono, è certamente applicabile. Nel caso di specie, infatti, per la selezione e per l'aggiudicazione del contratto in questione, qualificabile come concessione, poiché il rischio operativo dell'attività era stato trasferito in capo al privato⁴³², non era stato disposto alcun bando di gara. Inoltre, trattandosi di un contratto che, proprio in virtù del valore finanziario, della posizione e delle caratteristiche tecniche⁴³³, poteva essere considerato di interesse transfrontaliero, la Corte ha dichiarato che tutti gli operatori economici stabiliti in uno Stato Membro che non sia quello in cui l'autorità in questione si trovi, devono poter usufruire di un'autentica opportunità di poter manifestare il proprio interesse.⁴³⁴

Per questo motivo, la Corte ha ribadito che l'obbligo di trasparenza deve essere adempiuto, da parte dell'ente aggiudicatore, proprio perché a beneficiarne sarebbero tutti i potenziali concorrenti⁴³⁵, che potrebbero, sempre potenzialmente, essere

⁴³¹ Causa C-221/12, *Belgacom NV contro Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) e altri*,

⁴³² Causa C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg* [2009] I 04779, par. 72; Si veda anche causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*[2011] I 01335, par 26.

⁴³³ Causa 147/06-C-148/06 *SECAP SpA) e Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) c Comune di Torino* [2008] I 03565, par 24

⁴³⁴ Cfr. *Coname, Parking Brixen* par 55.

⁴³⁵ Cfr. causa C-91/08 *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*[2010] I 02815, par. 36

interessati all'esercizio dell'attività in questione.⁴³⁶ Sul fatto che la volontà di rispettare certi diritti già concessi a un determinato operatore, a seguito di accordi pre-esistenti possa costituire una “ragione imperativa d'interesse generale”⁴³⁷, è stato stabilito che, trattandosi nel caso di specie di discriminazione diretta, stando alle regole del mercato interno, una misura del genere potrebbe essere giustificata, eventualmente, solamente invocando le deroghe espresse.⁴³⁸

Nella causa *Commissione c. Polonia*⁴³⁹, si trattava, invece, di una situazione ricompresa nell'ambito di applicazione della Direttiva 94/22/CE⁴⁴⁰, in cui la Commissione si lamentava che la Polonia non aveva provveduto a concedere sia i diritti minerari che le relative concessioni attraverso un bando di gara e secondo regole dettagliate che garantissero un accesso non discriminatorio alle suddette autorizzazioni. La Corte ha, pertanto, stabilito che lo Stato, nel non fare in modo che l'accesso all'attività di prospezione, esplorazione ed estrazione degli idrocarburi fosse priva di ogni criterio discriminatorio e che le autorizzazioni per esercitare tale attività non

⁴³⁶ Cfr. causa C-203/08, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*[2010] I 04695, par. 46, 47; Cfr. anche C-64/08, *Procedimento penale a carico di Ernst Engelmann*, par 51, 53

⁴³⁷ Causa C-359/10, *Duomo Gpa*.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Causa C-569/10, *Commissione c. Polonia*,

⁴⁴⁰ Direttiva 94/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, GUUE n. L 164 del 30/06/1994, pag. 0003-0008

fossero concesse seguendo procedure in cui i soggetti interessati potessero inviare domanda nel rispetto dei criteri pubblicati, ha violato la direttiva summenzionata.⁴⁴¹

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, in *Comune di Ancona c. Regione Marche*, in cui, come è stato richiamato sopra, la corte nazionale che ha operato il rinvio domandava se il principio di cui all'art. 12 del Regolamento 1260/99⁴⁴² e, in particolare, l'obbligo di adempiere alle regole relative alla messa in concorrenza del bando di gara, richiedesse che il soggetto beneficiario del fondo in questione avesse l'obbligo consequenziale di trasparenza ogniqualvolta aggiudicasse una concessione di tale portata, si sostiene che il fatto per cui l'Art. 12 della direttiva summenzionata faccia espresso riferimento all'aggiudicazione di contratti pubblici, ossia, tecnicamente parlando, a veri e propri appalti, non impedisce che la stessa norma potesse riferirsi in egual misura all'aggiudicazione delle concessioni.

Ciò discenderebbe dal fatto per cui, adempiere alle regole in materia di concorrenza implicherebbe, necessariamente, che l'ente aggiudicatore non possa fare a meno di indire un bando di gara, sia quando si tratti di appalti, sia quando si tratti di concessioni di servizi⁴⁴³, nonostante appaia chiaro che il diritto secondario dell'Unione,

⁴⁴¹ Art 2(5) e 5(1) e (2) della Direttiva 94/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, GUUE n. L 164 del 30/06/1994, pag. 0003-0008

⁴⁴² Regolamento CE n. 1260/1999 del Consiglio del 21 giugno 1999 recante disposizioni generali sui fondi strutturali.

⁴⁴³ *Ibid.*, par 79

fatta eccezione per la Direttiva 2014/23/UE⁴⁴⁴, non preveda una regolazione delle concessioni di servizi. Allo stato dei fatti, le tipologie di concessioni che non rientrano nel campo di applicazione del diritto derivato, rimangono coperte dai principi contenuti all'interno dei Trattati e della giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, gli enti concedenti devono osservare i principi di libero stabilimento e di libera prestazione di servizi, e, come richiamato da copiosa giurisprudenza, rispettare l'obbligo di trasparenza.⁴⁴⁵

Dall'obbligo di trasparenza discende, quindi, il principio di parità di trattamento, dichiarato "principio fondamentale" dalla Corte di Giustizia⁴⁴⁶, secondo il quale situazioni simili non devono essere trattate in maniera differente a meno che tale differenziazione non sia oggettivamente giustificata.⁴⁴⁷ L'Avvocato Generale ha poi affermato come l'obbligo di trasparenza imponga che ogni potenziale offerente goda di un grado di divulgazione sufficiente per la procedura di aggiudicazione; ciò con il fine

⁴⁴⁴Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, COM (2011) 897 definitivo del 20.12.2011.

⁴⁴⁵*Ibid.*, par 81 e cfr. C-91/08 *Wall*, par 33

⁴⁴⁶ Cause riunite 117/76 e 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG c Hauptzollamt Itzehoe*, par 7

⁴⁴⁷Cause riunite, C-201/85 e C-202/85 *Marthe Klensch e altri contro Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, [1986] 03477, par 9; Causa C 442/00 *Ángel Rodríguez Caballero contro Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, [2002] I 11915, par 32. Per quanto riguarda i contratti pubblici si faccia riferimento a C-243/89, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, [1993] I 03353, par. 37-39 e C-87/94, *Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio* [1996] I 02043, par. 51-56.

di garantire che anche le concessioni di servizi siano aperte ad un mercato concorrenziale attraverso una selezione trasparente dei candidati.

Tuttavia, come ripetuto sopra, l'obbligo di trasparenza non comporta necessariamente un obbligo alla pubblicazione di un bando di gara, laddove sia richiesto da circostanze oggettive che la concessione in questione non possa interessare imprese stabilite in altri Stati Membri.⁴⁴⁸ Inoltre, come messo in evidenza dalla stessa Direttiva 2014/23/UE, per quanto riguarda le concessioni di servizi, non vi è alcun obbligo di pubblicazione solo qualora il servizio non possa essere fornito che da un determinato operatore economico a causa dell'assenza di concorrenza dovuta da ragioni tecniche, laddove non vi siano alternative ragionevoli o possibili sostituti e qualora l'assenza di concorrenza non sia il risultato di un restringimento artificiale dei parametri di aggiudicazione della concessione.⁴⁴⁹

In aggiunta, la pubblicazione del bando non è richiesta se appare evidente che l'avviso di gara non farebbe aumentare il grado di concorrenza, o perché, oggettivamente parlando, vi sia un solo operatore che possa operare la concessione, o perché la situazione di esclusività non sia stata creata dalla stessa autorità concedente, o perché non vi siano sostituti adeguati.⁴⁵⁰

Stessa linea, seppur in un settore economico differente, è stata mantenuta dalla Corte di Giustizia in *Commissione c. Portogallo*⁴⁵¹, in cui la Commissione chiedeva che

⁴⁴⁸ C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contro Comune di Cingia de' Botti*[2005] I 07287, [2005] I 07287

⁴⁴⁹ *Ibid.*, par 92

⁴⁵⁰ *Ibid.* par 93

⁴⁵¹ Causa C-76/13 *Commissione c. Portogallo*

la Corte dichiarasse che il Portogallo non avesse ottemperato alla precedente omonima sentenza.⁴⁵² Nel caso di specie, si trattava dell'aggiudicazione di una concessione, affidata ad una società telefonica, senza alcuna forma di procedura di evidenza pubblica, né pubblica, né ristretta. In altre parole, non si era ottemperato al principio di concorrenza e di non discriminazione.

In *Commissione c. Paesi Bassi*⁴⁵³, l'Avvocato Generale, soffermandosi sulla definizione di concessione, ha menzionato tre condizioni che devono essere soddisfatte affinché si possa parlare di "concessione" secondo la definizione presente nella Direttiva 2004/18/CE: "un contratto in forma scritta tra l'ente concedente e un operatore economico, l'oggetto⁴⁵⁴ e il valore economico del contratto stesso, dove la remunerazione deve consistere nel mero diritto di sfruttare il bene, il lavoro o il servizio o in tale diritto con la previsione di un corrispettivo". In riferimento alla durata della concessione, invece, viene ribadito che non vi è traccia, in seno al diritto secondario, contrariamente a quanto accade nella giurisprudenza, del fatto che una concessione debba avere una durata limitata.

Tuttavia, si potrebbe argomentare, facendo riferimento alla "funzione ponte" tra la disciplina dei servizi e la disciplina appalti e concessioni esercitata dall'art. 12 della Direttiva "Bolkestein", che a richiedere una durata limitata delle concessioni, per quanto

⁴⁵²Causa C-154/09, *Commissione c. Portogallo*, [2010] I 00127

⁴⁵³ Causa C-576/10, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*

⁴⁵⁴ In merito alla concessione di lavori si fa riferimento al fatto che l'oggetto del contratto deve vertere sull'esecuzione, sul design e sull'esecuzione di lavori, che siano ascrivibili a una delle attività di cui all'allegato I della direttiva sopra menzionata o a un'opera, realizzazione di opera che corrisponda ai requisiti specificati dall'ente concedente.

concerne il diritto secondario, sia proprio la norma summenzionata. La necessità di una regolazione organica e coerente della materia “concessioni” è stata, altresì, sottolineata dallo stesso Avvocato Generale nella causa appena citata, in cui, non ha mancato di far riferimento al fatto che, come emerso in altre pronunce della Corte⁴⁵⁵, le norme possono essere aggirate qualificando una situazione che dovrebbe rientrare nella disciplina degli appalti come concessione.

Sempre sulla definizione di concessione, occorre ricordare che in *Compass-Datenbank GmbH v Republik Österreich*⁴⁵⁶, l’Avvocato Generale ha fatto riferimento al fatto che per qualificarsi come “concessione” vi debba essere un trasferimento del rischio d’impresa dall’ente pubblico in capo al concessionario.⁴⁵⁷

In *Norma-A SIA e Dekom SIA*⁴⁵⁸, l’Avvocato Generale ha ricordato che, nonostante spetti alla corte nazionale che effettua il rinvio classificare la situazione che viene portata all’evidenza del giudice⁴⁵⁹, è comunque compito del diritto europeo sciogliere il dubbio se una data situazione ricada tra le maglie della concessione di servizi o del contratto d’appalto.⁴⁶⁰ Come già reso evidente sopra, la differenza tra concessioni e appalti starebbe proprio nel fatto che il corrispettivo del concessionario è

⁴⁵⁵ *Pressetext Nachrichtenagentur*, par 137, 138

⁴⁵⁶ Causa C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH c. Republik Österreich*.

⁴⁵⁷ *Ibid.* par 31

⁴⁵⁸ Causa C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*

⁴⁵⁹ *Ibid.* par 40

⁴⁶⁰ *Ibid.* par 41; Cfr. anche C-382/05 *Commissione c. Italia* [2007] ECR I-6657; C-196/08 *Acoset SpA contro Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e altri* [2009] I 09913, par 38

dato dal mero diritto di sfruttare il servizio o nel medesimo diritto e una forma di pagamento.⁴⁶¹

Quando, comunque, la remunerazione provenga da terzi, è chiaro che si tratta di una concessione di servizi.⁴⁶² Tuttavia, il fattore decisivo che distingue una forma contrattuale dall'altra rimane l'assunzione del rischio.⁴⁶³ Per rischio s'intende l'alea che un determinato operatore si assume esponendosi al mercato e che può tradursi in rischio di subire la concorrenza da parte di altri operatori del settore, rischio che l'offerta non corrisponda alla domanda, rischio che il costo non sia coperto dal ricavo o anche rischio che può derivare dalla responsabilità extracontrattuale o da una responsabilità civile dovuto da un'inadeguatezza del servizio stesso.⁴⁶⁴ D'altro canto, il rischio che eventualmente possa derivare errori di valutazione da parte dell'operatore economico, non può mai essere considerato come decisivo nella distinzione tra appalto e concessione di servizi; ciò in virtù del fatto che una tale alea è riscontrabile in qualsiasi tipologia contrattuale.⁴⁶⁵

⁴⁶¹*Ibid.* par 43

⁴⁶²*Ibid.*, Par 45. Cfr. AG Mazak in *Privater Rettungsdienst und Krakentransport*, in cui un certo tipo di remunerazione, anche indiretta, fu sufficiente per far rientrare quella specifica situazione tra le maglie della disciplina sulle concessioni. Cfr. sul punto anche C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contro Comune di Bari e AMTAB ServizioSpA*, [2006] I 03303, par 16 e Causa C-324/07, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*[2008] I 08457, par 24.

⁴⁶³*Ibid.* par 47

⁴⁶⁴*Ibid.* par 49 della sentenza; cfr. anche CausaEurawasser, paras 66, 67; *Privater Rettungsdienst und Krakentransport Stadler*, par 37, Conste e altri, par22, Hans & Christophorus Oymanns, par 74

⁴⁶⁵*Ibid.*, par 50.

La Corte, nella stessa causa, ha inoltre messo in chiaro ciò che, già proposta dall'Avvocato Generale, può essere considerata la *ratio* principale per cui, per un lungo tempo, nonostante l'estrema riluttanza degli Stati Membri ad accettare una regolazione delle concessioni, la Corte di Giustizia ha preso in prestito i principi cardine che stanno alla base delle Direttive "Appalti" e dei Trattati: concessione di servizi e appalto di servizi sono due forme contrattuali della stessa e identica natura fatta eccezione, come evidenziato sopra, per i due fattori distintivi: chi paga il corrispettivo e il grado di rischio assunto. Questi due elementi, infatti, consistono e nella remunerazione e nel rischio associato al servizio in questione.⁴⁶⁶

In *Ernst Engelmann*⁴⁶⁷, la Corte ricordava che le concessioni di servizi non erano, almeno in quel momento, disciplinate da atti di diritto derivato, ma che, nonostante questo, sarebbero rimaste regolate dalle libertà fondamentali contenute nei Trattati⁴⁶⁸ e dall'obbligo di trasparenza, così come più volte richiamato dalla stessa giurisprudenza.⁴⁶⁹ Tuttavia, se è vero che non è necessariamente richiesto un bando di gara, l'obbligo di trasparenza impone all'ente concedente di garantire una divulgazione e promozione sufficiente da permettere che la concessione di servizi sia aperta alla concorrenza e che l'imparzialità della procedura di aggiudicazione della stessa possa essere impugnata.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶*Ibid.*, par 44

⁴⁶⁷Causa C-64/08, *Ernst Engelmann*

⁴⁶⁸ Artt 49 TFUE e Art. 56 TFUE

⁴⁶⁹ C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH*; Causa C-231/03, *Coname*; Causa C-458/03, *Parking Brixen*; Causa C-91/08, *Wall*, par 33; Causa C-203/08, *Sporting Exchange*, par 39.

⁴⁷⁰Cfr. Nota 72 supra., par 50

Se così non fosse, pertanto, l'assegnazione di una concessione, in totale mancanza di trasparenza, a un operatore stabilito in un altro Stato Membro rispetto a quello in cui si trovi l'ente concedente, costituirebbe una violazione del principio di parità di trattamento e del principio di non discriminazione basata sulla nazionalità che andrebbe a ledere la posizione di altri concorrenti, i quali non avrebbero alcuna reale possibilità di manifestare il proprio interesse.⁴⁷¹

In *Commissione c. Irlanda*⁴⁷², l'Avvocato Generale ha affermato che il principio di trasparenza ha un ruolo di natura "ancillare" e non subordinato rispetto ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione basata sulla nazionalità. Infatti, verificare che l'obbligo di trasparenza sia stato rispettato permette altresì di controllare che anche gli altri due principi non siano stati violati.⁴⁷³ Occorre sostenere, quindi, che adempiere il suddetto obbligo costituisce una vitale preconditione finalizzata a garantire che tutti i potenziali concorrenti siano stati adeguatamente informati sulle procedure di gara e, conseguentemente, ad assicurare che vi sia stata parità di trattamento.⁴⁷⁴

La questione, nel caso di specie, verteva sul fatto che le autorità irlandesi avevano previsto che il peso affidato ai vari criteri di aggiudicazione fosse attribuito solo dopo il termine per l'invio dell'offerta. Tuttavia, come già messo in luce dalla stessa Corte⁴⁷⁵, non sarebbe illegittimo determinare il peso da assegnare ai criteri di cui

⁴⁷¹ *Ibid.*, par. 51

⁴⁷² Causa C-226/09, *Commissione c. Irlanda*, [2010] I 11807

⁴⁷³ *Ibid.* par 35

⁴⁷⁴ *Ibid.*, par 36

⁴⁷⁵ Causa C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl e Viaggi di Maio Snc contro ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia*, par 32

sopra in un momento successivo a patto che tutto venga comunque ultimato prima dell'apertura delle buste.

Anche in questo caso è stato riconosciuto che lo scopo principale di assicurare un certo grado di trasparenza è di garantire ai potenziali offerenti un grado di promozione sufficiente, affinché il mercato possa essere aperto alla concorrenza e che le stesse procedure di selezione e aggiudicazione possano essere impugnate.⁴⁷⁶ Messo in evidenza quanto sopra, occorre altresì menzionare che, se un contratto pubblico può essere d'interesse trans-nazionale, anche solo potenzialmente, le norme che discendono dai Trattati devono essere applicate.⁴⁷⁷

In *Sporting Exchange*⁴⁷⁸, la Corte ha stabilito che le concessioni di servizi, come più volte richiamato, non sono, al momento, regolate da nessuna direttiva che sia applicabile nel contesto degli appalti pubblici. Tuttavia, direttamente dall'art. 56 TFUE, discenderebbero l'obbligo di rispettare il principio di parità di trattamento, di non discriminazione basata sulla nazionalità e, forse primariamente, il c.d. obbligo di trasparenza.⁴⁷⁹ E esso si applicherebbe, pertanto, ogniqualvolta che la concessione possa interessare un'impresa stabilita in uno Stato Membro che non sia lo stesso in cui la

⁴⁷⁶ *Ibid.*, par 47. Cfr. Causa *Telaustria*; Causa C-324/07, *Coditel*, par 25; Causa C-203/08, *Sporting Exchange*, par 41

⁴⁷⁷ Cfr. Nota 77 supra, par 22. Cfr. Causa C-324/98, *Telaustria*, par 60; Cfr. anche causa C-59/00, *Vestergaard*, par. 20; Causa C-231/03, *Coname*, par 20; Causa C-91/08, *Wall*, par 34. Cfr. anche "Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or fully subject to the provision of Public Procurement Directives", par 1.3;

⁴⁷⁸ Causa C-203/08, *Sporting Exchange*

⁴⁷⁹ *Ibid.*, par 39. Causa C-206/08, *Eurawasser*, par 44; C-91/08, *Wall* par 3;3

concessione deve essere assegnata.⁴⁸⁰ Tuttavia, come confermato da copiosa giurisprudenza, non vi sarebbe esplicitato alcun obbligo a indire una gara.⁴⁸¹

In *Germania c. Commissione*⁴⁸², il Tribunale ha affermato che i contratti che non ricadono nel campo di applicazione delle Direttive “Appalti”, come ad esempio le concessioni, sono sempre soggetti alle norme del Trattato⁴⁸³ e che, per l'appunto, l'obbligo di trasparenza discende direttamente dalle norme generali contenute nei Trattati e dai principi generali di parità di trattamento e di non discriminazione.⁴⁸⁴ Esso implicherebbe, in ogni caso, un necessario obbligo di pubblicazione.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia affronta anche un'altra questione che, se si vuole reperire una modalità efficace ed efficiente per garantire il rispetto dei principi che derivano da Trattati e Direttive “Appalti”, è d'uopo tenere in considerazione: innanzitutto, l'oggetto della concessione deve essere definito nell'avviso e nelle specifiche del bando, devono essere indicati l'oggetto principale e gli oggetti aggiuntivi del contratto, nonché una descrizione dell'oggetto stesso della concessione e il luogo interessato.⁴⁸⁵

Altrettanto importante, ai fini del presente lavoro, è ciò che emerge in *Wall*⁴⁸⁶, in cui viene affrontato il problema di quando eventuali modifiche a una concessione di

⁴⁸⁰Cfr. Nota 83 supra, par 40

⁴⁸¹*Ibid.*, par. 41

⁴⁸² Causa T-258/06, *Germania c. Commissione*, [2010] II 02027

⁴⁸³*Ibid.*, par 66

⁴⁸⁴*Ibid.* par 83

⁴⁸⁵ Causa C-423/07, *Commissione c. Spagna*, [2010] I-03429

⁴⁸⁶ Causa C-91/08, *Wall*

servizi rendono tale contratto materialmente differente da quelle sulla base delle quali l'originaria concessione era stata aggiudicata. Tale questione risulta rilevante in virtù del fatto che occorre discernere quando si verifichi l'intenzione delle parti di rinegoziare le condizioni essenziali del contratto. E ciò con il mero intento di restaurare la trasparenza della procedura. La Corte afferma, pertanto, l'importante principio secondo cui, in caso di modifiche sostanzialmente rilevanti, la volontà delle parti verrebbe meno e una nuova procedura di aggiudicazione sarebbe richiesta.

In particolare, affinché tale eventualità si verifichi, bisogna che le modifiche siano ritenute, per l'appunto, di natura sostanziale, ogniqualvolta introducano condizioni che, se fossero state parte dell'aggiudicazione iniziale, avrebbero comportato l'ammissione di offerenti diversi da coloro che sono stati ammessi originariamente o che avrebbero comportato l'accettazione di un'altra offerta. La Corte, in aggiunta, ha affermato che l'obbligo di trasparenza scorre direttamente dagli artt. 49 e 56 TFUE che, godendo di effetto diretto all'interno degli ordinamenti giuridici, hanno precedenza su eventuali disposizioni o norme del diritto nazionale.

In *Muller*⁴⁸⁷, la Corte ha messo in chiaro, anche per quanto riguarda la durata delle concessioni che, essendoci la necessità di garantire una concorrenza effettiva, l'aggiudicazione delle stesse per un periodo illimitato non può che essere illegale secondo il diritto dell'Unione.⁴⁸⁸ Tale principio, quindi, sembra enunciare marcatamente quanto è altresì disposto dall'art. 12 della Direttiva "Servizi". Di conseguenza, come

⁴⁸⁷ Causa C-451/08, *Muller*;

⁴⁸⁸ *Ibid.*, par 79. Cfr. Anche quanto detto dall'Avvocato Generale ai para 96-97 delle conclusioni; Si veda, anche quanto sostenuto dalla Corte nella causa C-454/06 *Presstext*, par 73;

affermato dall'Avvocato Generale in *Commissione c. Germania*⁴⁸⁹, qualora l'esistenza, in uno Stato Membro, di una prassi contraria alla normativa "appalti" sia comprovata, è possibile che la Commissione, a seguito di una segnalazione, sollevi un ricorso per inadempimento davanti alla Corte di Giustizia.⁴⁹⁰

La natura complessa delle concessioni è confermata da quanto affermato dall'Avvocato Generale in *Club Hotel Loutraki e altri*⁴⁹¹, in cui viene menzionato che la definizione di concessioni di servizi, sempre che di definizione in senso stretto si possa parlare, deriverebbe da un vero e proprio "intreccio di atti legislativi, giurisprudenza e *soft law* che si dimostrano stabili e costanti nel tempo".⁴⁹² Nonostante, infatti, appalti di servizi e concessioni di servizi abbiano la stessa natura⁴⁹³, essi fanno riferimento a concetti ben distinti.⁴⁹⁴

Dopo aver ripetuto le caratteristiche che le distinguono, viene comunque ripreso il concetto secondo cui le autorità pubbliche, nell'aggiudicare le concessioni, sono obbligate a rispettare le norme e i principi dei Trattati.⁴⁹⁵ In aggiunta, è altresì ribadito che rispettare tali principi significhi poter impugnare le procedure e garantire quindi una

⁴⁸⁹ Causa C-160/08, *Commissione c. Germania*, par 48

⁴⁹⁰ *Ibid.*, Par 148; cfr. Causa C-416/07, *Commissione c. Grecia*, [2009] I 07883, par. 24

⁴⁹¹ Cause riunite C-145/08- C-149/08 *Club Hotel Loutraki e altri*, [2010] I 04165, par 66, 68

⁴⁹² *Ibid.*, par 67

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.* par 80

⁴⁹⁵ *Ibid.*, par 84

tutela giurisdizionale effettiva di quei diritti che derivano direttamente dall'ordinamento giuridico europeo.⁴⁹⁶

Se, tuttavia, può apparire vero che parte della giurisprudenza ivi richiamata, si riferisca a situazioni ricomprese nell'ambito dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori pubblici, è altrettanto vero che il pieno significato dei principi che se ne ricavano si estende ben al di là del contesto di tali contratti e che risulta essere applicabile anche alle concessioni.⁴⁹⁷

Infatti, come accennato sopra, la giurisprudenza ha riconosciuto che non solo i principi applicabili alle concessioni discendono dal diritto primario, ma altresì dalle direttive in materia di appalti pubblici. In particolare il principio di parità di trattamento, che deve essere osservato nel momento in cui il diritto dell'UE viene implementato.⁴⁹⁸ Esso, infatti, non solo richiede l'assenza di ogni forma di discriminazione sulla base della nazionalità⁴⁹⁹, ma anche un obbligo di trasparenza che precluda ogni possibile rischio di favoritismo o di arbitrarietà.⁵⁰⁰

Di conseguenza, affinché ciò accada, occorre che tutte le condizioni e le regole dettagliate della procedura di aggiudicazione siano previste in maniera chiara, precisa, inequivoca all'interno dell'avviso stesso o dei documenti del contratto. La stessa giurisprudenza, infatti, dimostra quanto sia stretto il legame tra l'obbligo di trasparenza

⁴⁹⁶*Ibid.*, par 93. Cfr. anche C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio* [2002] ECR I 16677, par 39; causa C 12/08, *Mono Car Styling* [2009] ECR I 0000, par 47-49

⁴⁹⁷ Causa C-91/08, *Wall*

⁴⁹⁸*Ibid.*, par 36

⁴⁹⁹*Ibid.*, par 39

⁵⁰⁰*Ibid.*, par 40

e il principio di parità di trattamento.⁵⁰¹ Per entrare maggiormente nel dettaglio, va rammentato che al momento di perfezionare il contratto è necessario conciliare due esigenze che possono sembrare, per certi versi, contrapposte: da un lato, l'obbligo stesso di trasparenza e, dall'altro, l'alto grado di discrezionalità nel valutare le offerte e nel determinare quale sia l'economicamente più efficiente.

Per questo motivo si deve valutare la qualità dell'offerta, la conoscenza del settore in questione e la fiducia che l'offerente ispira.⁵⁰² Non bisogna dimenticarsi, infatti, che il contratto di concessione rimane un negozio giuridico ad *intuitu personae*. La libertà contrattuale e la decisione rimangono, seppur senza ostare all'obbligo di divulgazione e di gara, in capo all'ente aggiudicatore. Il fine è sempre quello di far sì che il richiedente sia selezionato attraverso una modalità trasparente e nel rispetto del principio di parità di trattamento.

Sulla possibilità di aggiudicare direttamente una concessione, la Corte in *Acoset*⁵⁰³, specifica che il diritto primario non preclude l'assegnazione diretta, qualora il concessionario sia una società parzialmente pubblica creata specificatamente con lo scopo di fornire il servizio in questione, a patto che il socio privato sia selezionato attraverso una procedura ad evidenza pubblica. Una procedura del genere adempie il principio di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento in quanto, nell'eventualità in cui si richiedesse una doppia procedura di selezione, si creerebbe un

⁵⁰¹ *Ibid.*, par. 41

⁵⁰² *Ibid.*, par 46

⁵⁰³ Causa C-196/08, *Acoset Spa*

effetto deterrente nei confronti di soggetti privati e pubbliche amministrazioni interessate ai partenariati pubblico-privati.

Allo stesso modo, in *Sea srl c. Comune di Ponte Noss*⁵⁰⁴ si afferma che, *a fortiori*, non vi è alcuna violazione degli artt. 49 e 56 TFUE, dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione o dell'obbligo di trasparenza nell'aggiudicare un contratto di concessione in maniera diretta ad una società interamente pubblica, se il controllo che vi esercita la pubblica amministrazione è paragonabile a quello sulle proprie emanazioni o dipartimenti. L'attività esercitata deve comunque essere limitata al territorio in cui la pubblica amministrazione in questione si trova e deve andare a beneficio della stessa.

In *ASM Brescia Spa*⁵⁰⁵, si fa riferimento, invece, al fatto che qualora la concessione in questione risulti essere di interesse trans-nazionale e sia aggiudicata, in assenza di qualsiasi procedura che ottemperi all'obbligo di trasparenza, ad un'impresa stabilita nello stesso Stato Membro in cui si trovi l'ente concedente, si verificherebbe una vera e propria disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero, potenzialmente, essere interessate a concorrere per la stessa. Tale misura potrebbe esser qualificata come indirettamente discriminatoria.

Come dimostrato dalla giurisprudenza summenzionata, la Corte di Giustizia ha copiosamente attinto non solo dai principi e dalle libertà fondamentali contenute nei Trattati, ma anche dai principi che sono alla base delle Direttive "Appalti", le quali, nonostante non siano mai state considerate applicabili a tutte le situazioni ivi richiamate,

⁵⁰⁴ Causa C-573/07, *Sea srl c. Comune di Ponte Noss*

⁵⁰⁵ Causa C-347/06, *ASM Brescia*

hanno influito non poco in materia di concessioni. Ciò si è rivelato vero a tal punto che la Commissione, nel pacchetto di modernizzazione del diritto secondario dedicato ai contratti pubblici, aveva presentato, nel 2011, una proposta di direttiva per l'aggiudicazione dei contratti di concessione che, sebbene si differenziasse dalle due proposte di direttiva in materia di appalti pubblici, era figlia, per l'appunto, di quell'intreccio, di cui si accennava sopra, tra diritto primario, atti legislativi e giurisprudenza delle corti europee. In aggiunta, occorre altresì menzionare la funzione "ponte" svolta dall'art. 12 della Direttiva "Servizi" che sancisce, più o meno consapevolmente, una profonda interdipendenza tra Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi, da un lato, e contratti pubblici dall'altro.

Come poi si vedrà nel paragrafo seguente, la c.d. "Direttiva Concessioni" va a regolare tutti quei contratti che superano una certa soglia di valore e, nel corso degli emendamenti approvati dal Parlamento Europeo, sembra escludere del tutto la possibilità che si applichi alle concessioni che sono oggetto del presente lavoro. Se così fosse, si renderebbe evidente il permanere di una zona "grigia", in materia di concessioni, seppur fortemente ridotta, che sfugge all'applicazione del diritto secondario, rendendo, di fatto, nuovamente applicabile lo schema normativo di cui sopra.

L'incognita rimarrebbe, pertanto, non tanto sul "se" vi sia comunque un obbligo, da parte dell'autorità concedente, di prevedere una procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni ivi prese in considerazione. Semmai, occorrerebbe discernere il "come", ossia quale procedura adottare per garantire trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione in fase di selezione e di aggiudicazione.

Se, infatti, la giurisprudenza non richiede necessariamente che, affinché i summenzionati principi siano rispettati, venga prevista necessariamente una gara, alla luce e della Direttiva “Servizi” e del principio generale di effettività non sarebbe tollerabile l’assenza di una procedura di evidenza pubblica che garantisca una piena e libera concorrenza.

Parte III

La Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e i servizi che sono resi su spazi demaniali in concessione o autorizzazione: profili di applicabilità?

Introduzione

Esaminato l'impatto della Direttiva 2006/123/CE e, in particolare, degli articoli 12 e 13 della stessa, che esercitano, come si è visto sopra, una funzione appaltante e concessoria⁵⁰⁶, e analizzato, altresì, l'impatto delle Direttive (*rectius*, dei principi contenuti nelle stesse) 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di appalti pubblici, ciò che occorre prendere in considerazione, a questo punto, è l'eventuale applicabilità della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Qualora, infatti, non sussistano gli estremi perché i servizi resi su spazi demaniali in concessione o autorizzazione siano ricompresi tra le maglie della stessa, essi rimarrebbero nell'orbita dei principi generali contenuti nei Trattati, della Direttiva "Servizi" e dei principi, peraltro identici ai primi, enucleati all'interno delle Direttive "Appalti". Qualora, invece, sia possibile applicare la Direttiva ivi esaminata, occorrerà seguire i dettami della stessa ai fini della regolazione dei servizi che sono oggetto del presente lavoro.

Prima di verificare quanto sopra, è d'uopo domandarsi ciò che ne scaturirebbe, in pratica, dall'eventuale applicazione della Direttiva 2014/23/UE alle situazioni ivi

⁵⁰⁶Sul punto, si veda, A. Usai, "Services Provided in Areas Belonging to the Public Domain: Caught Between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC", EPPPL 4/2014.

considerate. In questo caso, infatti, si può dire che, proprio in virtù del testo stesso della direttiva, le pubbliche amministrazioni che vogliono aggiudicare una concessione, dovranno rispettare, sia nella fase di selezione, sia in quella di aggiudicazione, i principi propri degli appalti pubblici, come il principio di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di pubblicità e di concorrenza. Se, da un lato, è vero che la nuova direttiva lascia un notevole margine di manovra agli Stati Membri rispetto alla disciplina degli appalti pubblici, è altresì vero che, tranne casi eccezionali, la concessione deve essere aggiudicata attraverso una gara.

Nel caso, invece, in cui la Direttiva “Concessioni” non sia applicabile ai servizi su spazi demaniali in concessione, questi ultimi rimarrebbero comunque catturati dai principi generali del diritto europeo e dalle norme del Trattato in materia di stabilimento e di servizi, da un lato, e dalla Direttiva 2006/123/CE, dall’altro. In altre parole, così come un’eventuale non applicabilità della Direttiva “Bolkestein”, farebbe discendere, comunque, un obbligo di gara, direttamente dal diritto primario, un’eventuale non applicabilità della Direttiva 2014/23/UE, farebbe discendere l’obbligo di gara, a livello di diritto dell’Unione, dalla Direttiva “Servizi” e dal diritto primario.

Pertanto, parrebbe corretto sostenere che, da un punto di vista squisitamente pratico, almeno per i servizi oggetto della presente trattazione, non cambierebbe nulla. Gli Stati Membri sarebbero comunque obbligati ad affidare le concessioni o le autorizzazioni in questione attraverso una procedura di evidenza pubblica.

2.3.1. Una direttiva per le concessioni di servizi: perché era necessaria?

Come riportato sopra⁵⁰⁷, la necessità di una direttiva che armonizzasse affidamento dei contratti di concessione di servizi era nota da tempo alla Commissione. Tuttavia, un testo legislativo che imponesse agli Stati Membri un obbligo di gara per l'aggiudicazione delle stesse e, quindi, il rispetto dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza e pubblicità, di concorrenza, nonché della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione di Servizi, non era semplice ad adottarsi.

Le concessioni di servizi rimanevano, infatti, uno degli ultimi “santuari” della “mano visibile” dello Stato. Inoltre, come riportato sopra, spesso accadeva che alcuni Stati mascherassero dei veri e propri contratti di appalto, sottoposti, com'è noto, ad una normativa sovranazionale alquanto stringente, con dei contratti di concessione, che, invece, rimanevano al di fuori del campo di applicazione del diritto secondario. La Corte di Giustizia⁵⁰⁸, cominciò, quindi, a smantellare, pezzo dopo pezzo, il tempio sacro delle concessioni di servizi, disponendo che i principi in materia di appalti pubblici, annoverati comunque tra i principi generali del diritto dell'Unione, si dovessero poter applicare anche ai contratti di concessione, al fine di garantire l'effettività della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione di Servizi.

Va peraltro ricordato che tale presa di posizione, da parte della Corte, non deve e non può stupire, proprio in virtù del fatto che, già la giurisprudenza in materia di

⁵⁰⁷Cfr. Capitolo I

⁵⁰⁸*Ibid.*

stabilimento e di servizi dovrebbe bastare per intuire che non è possibile garantire il rispetto degli articoli 49 e 56 TFUE, nel caso in cui le concessioni di servizi siano affidate in violazione dei principi sovraesposti. Inoltre, con l'entrata in vigore della Direttiva 2006/123/CE, che, tuttavia, nulla di nuovo aggiunge al diritto primario preesistente, apparve chiaro che, se si fosse letta quest'ultima in combinato disposto con la giurisprudenza della Corte che applicava i principi in materia di appalti anche alle concessioni di servizi, il conseguente obbligo di gara per l'affidamento delle stesse, non solo non sarebbe più stato un tabù, ma sarebbe stato più evidente. Se non in virtù del loro essere qualificabili come concessioni o come autorizzazioni, almeno in virtù della loro natura di servizi.

Questo valeva, per l'appunto, almeno per le concessioni di servizi, giacché le quelle di lavori già erano disciplinate dal titolo III della Direttiva 2004/18/CE, mentre le concessioni di beni restavano al di fuori del diritto secondario, ma sempre sottoposte al diritto primario. Le concessioni di servizi, invece, se è vero che erano definite all'art. 1(4) della Direttiva 2004/18/CE, erano escluse dal campo di applicazione della stessa e restavano, pertanto, sottoposte al diritto primario e alla giurisprudenza della Corte.

Ciò premesso, non è difficile comprendere la ragione per la quale si rese evidente la necessità di una direttiva tutta dedicata all'aggiudicazione dei contratti di concessione. La mancanza di una normativa chiara che disciplinasse, a livello dell'UE, le concessioni, dava, inevitabilmente, luogo ad una grave e persistente incertezza giuridica che ostacolava la Libera Prestazione di Servizi e causava distorsioni nel mercato.⁵⁰⁹ Infatti, è importante ricordarsi che gli appalti pubblici hanno un ruolo

⁵⁰⁹Considerando 1 della Direttiva.

notevole nella strategia Europa 2020⁵¹⁰, proprio in virtù del fatto che gli appalti costituiscono uno degli strumenti fondamentali per ottenere una crescita “intelligente, sostenibile e inclusiva”, nella misura in cui migliorano la concorrenza attraverso uno sviluppo di infrastrutture e di servizi strategici.⁵¹¹

Gli Stati Membri sono comunque liberi, nel rispetto dei Trattati, di organizzare la prestazione di servizi come Servizi d’Interesse Economico Generale (SIEG), cui la Direttiva è applicabile, o come Servizi d’Interesse non Economico Generale (SInEG), cui la Direttiva non è applicabile.⁵¹² La Direttiva, infatti, opera un coordinamento minimo e flessibile delle procedure nazionali per l’aggiudicazione dei contratti di concessione di servizi, in base ai principi dei Trattati, volto all’apertura del settore alla concorrenza.

2.3.2. Principi

L’adozione della Direttiva 2014/23/UE⁵¹³ si è resa necessaria proprio per dare effettività ai principi generali del diritto europeo contenuti nei Trattati e evidenziati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in aggiunta, enfatizzati dalle Direttive

⁵¹⁰Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 intitolata “Europa 2020-una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”.

⁵¹¹Considerando 3 della Direttiva.

⁵¹²Considerando 6 della Direttiva.

⁵¹³ Sulla Direttiva “Concessioni”, si veda, *inter alia*, R. Craven, “The EU’s 2014 Concessions Directive”, PPLR, 4/2014; M. Burnett, “The New European Directive on the Award of Concessions Contracts- Promoting Value for Money in PPP Contracts?”, EPPPL 2/2014; C. Bovis, “Highlight of the EU Procurement Reform: The New Directive on Concessions Contracts”, EPPPL 1/2014.

“Appalti”. Se, infatti, è vero che anche le concessioni che sfuggono alla direttiva, a causa, ad esempio, del mancato raggiungimento delle soglie, continuano, comunque, ad essere normate dal diritto primario e, in combinato disposto, dalla Direttiva “Servizi”, è altresì vero che la Direttiva “Concessioni” garantisce il rispetto dei principi comuni alla disciplina degli appalti pubblici e che discendono dagli articoli 49 e 56 TFUE.

Il considerando 67 della Direttiva, ad esempio, puntualizza che i requisiti tecnici e funzionali dovrebbero figurare nei documenti di gara e rispettare i principi di parità di trattamento e di trasparenza. Essi, inoltre, garantiscono che l’ampia flessibilità, accordata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori, nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario, sia bilanciata proprio dall’ottemperanza delle stesse al principio di trasparenza, di parità di trattamento. Ciò è importante, inoltre, soprattutto in fase di aggiudicazione, dove, invece, sono presenti garanzie, seppur minime.⁵¹⁴

Il principio di parità di trattamento e di trasparenza, inoltre, richiedono che l’aggiudicatario non debba essere sostituito da un altro operatore economico, come, per esempio, nel caso di cessazione della concessione a motivo di carenza nell’esecuzione della stessa, senza la riapertura della gara.⁵¹⁵

All’art. 3, viene stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio, agendo, pertanto, con trasparenza e proporzionalità. All’art. 26, in aggiunta, preso in prestito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di

⁵¹⁴Considerando 68 della Direttiva.

⁵¹⁵Considerando 77 della Direttiva.

articoli 49 e 56 TFUE, viene specificato che gli operatori economici stabiliti non possono vedersi respinta l'autorizzazione a prestare il servizio soltanto per il fatto che, secondo il diritto statale, essi dovrebbero essere persone fisiche o giuridiche.

Il principio di non discriminazione è presente anche nell'art. 30, laddove viene ricordato che, sebbene nel rispetto della *ratio* della Direttiva 2014/23/UE, ossia nel fungere da minimo comune denominatore tra le normative nazionali in materia di concessioni, le amministrazioni debbono comunque rispettare, nel confezionamento della procedura di aggiudicazione, i principi di cui all'art. 3 e, in particolare, nel corso della stessa, non dovranno fornire, in maniera discriminatoria, informazioni che possano costituire un vantaggio a candidati o offerenti.

L'art. 41, che disciplina i criteri di aggiudicazione, stabilisce che le concessioni debbano essere aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che rispondano ai principi di cui all'art. 3 e che assicurino una concorrenza effettiva. Il vantaggio, infatti, non deve sussistere in capo ad uno dei potenziali offerenti, ma in capo all'aggiudicatore.

Proprio per non violare il principio di non discriminazione, inoltre, lo stesso articolo contiene la disposizione per cui i criteri di aggiudicazione devono essere connessi all'oggetto della concessione e non devono, come accade in materia di appalti pubblici, attribuire una libertà di scelta incondizionata in capo all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore. Inoltre, l'art. 35 dispone che frodi, clientelismo, corruzione e conflitti d'interesse debbano essere combattuti con efficacia al fine di evitare distorsioni del mercato e di garantire la parità di trattamento di tutti i potenziali candidati.

Il principio di pubblicità è, invece, ripreso dal considerando 50, che statuisce che per garantire un'adeguata pubblicità delle concessioni di lavori e di servizi al di sopra della soglia, si deve prevedere una pubblicazione obbligatoria del bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda, invece, il principio di trasparenza, esso costituisce, ai sensi della Direttiva "Concessioni", un ulteriore strumento, rispetto al principio di parità di trattamento, per combattere frodi, favoritismi e corruzione, nonché conflitti d'interesse. Anche in questo caso, si nota come la *ratio* sia praticamente identica alla materia degli appalti, laddove ciò che si deve evitare è che l'aggiudicatore faccia prevalere favoritismi o considerazioni non economiche, anziché cercare *l'optimum*, ossia ciò che è maggiormente vantaggioso per esso.⁵¹⁶

Il principio di trasparenza, come accennato sopra, viene in rilievo anche per quanto riguarda i requisiti tecnici e funzionali: essi, infatti, devono sempre figurare tra i documenti di gara ed essere redatti in modo tale da non restringere, in maniera artificiosa, la concorrenza, ad esempio, attraverso dei requisiti che favoriscano un dato operatore economico e che rispecchino i servizi da esso offerti abitualmente.⁵¹⁷

I criteri di aggiudicazione, inoltre, devono rispettare, sempre, alcune norme di carattere generale facenti riferimento anche a fattori non puramente economici che permetterebbero all'aggiudicatore l'ottenimento, comunque, di un vantaggio di tipo economico. Tali criteri di aggiudicazione devono essere previsti in anticipo e devono

⁵¹⁶Considerando 61 della Direttiva.

⁵¹⁷Considerando 67 della Direttiva.

riguardare l'oggetto del contratto, senza lasciare all'amministrazione una libertà di scelta incondizionata, in modo da non pregiudicare una concorrenza effettiva.⁵¹⁸

La trasparenza potrebbe, inoltre, essere incrementata grazie alla comunicazione e allo scambio d'informazioni attraverso i mezzi elettronici.⁵¹⁹ L'aggiudicatario non dovrebbe, altresì, poter essere sostituito da un altro operatore economico, nel caso di cessazione della concessione, senza la riapertura di una nuova procedura.⁵²⁰

Il principio di concorrenza, invece, che, come sostenuto da autorevole dottrina⁵²¹, dovrebbe essere il principio generale fondamentale, alla luce del quale si devono interpretare le regole in materia di appalti pubblici e di concessioni e che si potrebbe riassumere secondo il brocardo *in dubio pro concurrentia*, sottende a tutto il testo della Direttiva 2014/23/UE.

Come ricordato sopra, infatti, oltre a essere, l'apertura alla concorrenza delle concessioni di servizi, la ragione per la quale si è sentita la necessità di una direttiva che coordinasse le procedure di selezione e di aggiudicazione nazionali, va ricordato che, alcune regole, come, ad esempio, quella secondo la quale l'aggiudicazione senza previa pubblicazione deve essere permessa in casi del tutto eccezionali, ossia laddove è palese che la pubblicazione non comporterebbe un'intensificarsi della concorrenza, perché, ad esempio, sempre che tale situazione non sia stata determinata dall'aggiudicatario stesso,

⁵¹⁸Considerando 73 della Direttiva.

⁵¹⁹Considerando 74 della Direttiva.

⁵²⁰Considerando 77 della Direttiva.

⁵²¹A. Sanchez-Graells, *Public Procurement and Competition Rules*, Hart Publishing, 2011.

vi sia un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione, hanno come scopo proprio la tutela della concorrenza.⁵²²

Il principio di concorrenza si ravvisa, inoltre, nella regola generale secondo la quale la durata di una concessione deve essere limitata, proprio per evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni alla concorrenza intesa come processo.⁵²³ Anche la definizione di requisiti tecnici e funzionali, da parte delle amministrazioni, deve permettere l'apertura delle concessioni alla concorrenza.⁵²⁴ Tuttavia, uno dei punti più interessanti, è costituito dalla possibilità, in capo agli aggiudicatori, di escludere operatori economici che hanno commesso gravi violazioni di norme in materia di concorrenza.⁵²⁵

I criteri di aggiudicazione, inoltre, devono permettere una concorrenza effettiva⁵²⁶ e, come ricordato sopra, gli Stati Membri sono tenuti ad adottare misure atte a combattere frodi, clientelismo, corruzione e conflitti d'interesse nel corso delle procedure di aggiudicazione, proprio al fine di evitare distorsioni della concorrenza.⁵²⁷

⁵²² Considerando 51 e art. 31 della Direttiva.

⁵²³ Considerando 52 della Direttiva.

⁵²⁴ Considerando 67 della Direttiva.

⁵²⁵ Considerando 70 della Direttiva.

⁵²⁶ Considerando 73 della Direttiva.

⁵²⁷ Art. 35 della Direttiva.

2.3.3. Selezione e aggiudicazione

La Direttiva 2014/23/UE non entra nello specifico, almeno per quanto riguarda la fase di selezione e di aggiudicazione, come, al contrario, fanno le Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE. Il motivo è molto semplice. Com'è stato accennato sopra, infatti, la Direttiva "Concessioni" altro non fa che esercitare una funzione di coordinamento, lasciando, agli Stati Membri, un certo grado di flessibilità nell'organizzazione delle procedure⁵²⁸, fintantoché i principi generali dell'Unione in materia di appalti pubblici, ossia principio di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, concorrenza, siano rispettati.

I criteri di selezione devono, pertanto, essere non discriminatori, proporzionati, equi e volti a garantire agli operatori economici un accesso effettivo alle opportunità date dalle concessioni. Tali criteri debbono, quindi, riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica, ed essere, di conseguenza, collegati all'oggetto del contratto, indicati nel bando.⁵²⁹

All'art. 31, che disciplina i bandi di concessione, i quali devono contenere le informazioni di cui all'allegato V e ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli uniformi, viene stabilito che non è richiesta la pubblicazione di un nuovo bando qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata, purché le

⁵²⁸Considerando 68 della Direttiva.

⁵²⁹Considerando 63 della Direttiva.

condizioni iniziali del contratto non siano sostanzialmente state cambiate, e che, ai fini della definizione di “candidatura appropriata”, rileva il non soddisfacimento dei criteri di selezione stabiliti ai sensi dell’art. 38(1) della Direttiva.

Quest’ultimo, infatti, disciplina la selezione e la valutazione qualitativa dei candidati. Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali, alla capacità finanziaria ed economica dei candidati e degli offerenti, sulla base di autocertificazioni o referenze, che fungono da prova per i requisiti del bando, i quali non devono essere discriminatori o sproporzionati all’oggetto della concessione. Ai commi quarto e quinto del medesimo articolo, sono elencati i motivi di esclusione dalla procedura di aggiudicazione. Il comma settimo disciplina, in aggiunta, altre condizioni di esclusione, che le amministrazioni o gli enti aggiudicatori possono porre in essere.

Tra i casi ivi rubricati, si ricordino quelli in cui l’operatore abbia reso false dichiarazioni nel fornire le informazioni volte a verificare l’assenza di motivi di esclusione, il rispetto dei criteri di selezione, se non abbia trasmesso le informazioni necessarie, se non sia in grado di presentare i documenti necessari a sostegno di tali informazioni, o se abbia fornito, anche solo per negligenza, informazioni fuorvianti che possono avere influenzato l’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione.

Per quanto riguarda, invece, la fase di aggiudicazione, va detto che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori devono valutare le offerte sulla base di uno o più criteri di aggiudicazione, i quali, come detto sopra, dovrebbero rispettare norme di carattere generale. Tali norme possono fare riferimento a fattori di carattere anche non economico, ma capaci di influenzare il valore di un’offerta dal

punto di vista dell'amministrazione e da permettere di individuare, in capo ad essa, un vantaggio di tipo economico.

I criteri devono essere comunicati in anticipo ai candidati ed offerenti potenziali, devono riguardare l'oggetto del contratto e non devono lasciare all'aggiudicatore una libertà di scelta incondizionata, giacché devono permettere una concorrenza effettiva, attraverso requisiti che consentano di verificare in maniera efficace le informazioni fornite dagli operatori. Tra i criteri di aggiudicazioni, sarà, pertanto, possibile prevedere criteri ambientali, sociali o propulsivi dell'innovazione e degli investimenti. Essi andranno indicati in ordine decrescente d'importanza.⁵³⁰

In caso di mutamenti di circostanze durante l'esecuzione delle concessioni, in quali casi si dovrà aprire una nuova procedura di aggiudicazione. Essa sarà necessaria qualora vengano apportate modifiche di carattere sostanziale, in virtù del fatto che, in questo modo, viene dimostrata l'intenzione delle parti di rinegoziare i termini e le condizioni del contratto in questione. Ciò accade quando le condizioni modificate avrebbero inciso sulla procedura stessa.⁵³¹

L'art. 33 della Direttiva sancisce che entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione della concessione, gli aggiudicatori inviano, ai sensi dell'art. 33, un avviso di aggiudicazione della concessione, contenente, le informazioni di cui all'allegato VII, e, quindi, i risultati della procedura. Così come i bandi di concessione, anche gli avvisi non sono pubblicati a livello nazionale prima della pubblicazione a

⁵³⁰Considerando 73 della Direttiva.

⁵³¹Considerando 75 della Direttiva.

livello europeo e, soprattutto, quelli pubblicati a livello statale non contengono informazioni diverse da quelli pubblicati a livello UE.⁵³²

L'art. 37, che disciplina le garanzie procedurali necessarie, stabilisce che le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri di aggiudicazione stabiliti dagli aggiudicatori, ai sensi dell'art. 41, purché l'offerta risponda ai requisiti minimi prescritti dall'amministrazione, l'offerente ottemperi alle condizioni di partecipazione ex art. 38(1) e l'offerente non sia escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 38(4)-(7), fatto salvo il paragrafo (9). I requisiti minimi debbono contenere le condizioni e le caratteristiche tecniche, funzionali, giuridiche che ogni offerta deve possedere.

Nel bando di concessione viene data una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione, mentre la descrizione dei criteri di aggiudicazione può anche avvenire nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara.⁵³³ Anche in materia di concessioni, le amministrazioni hanno la possibilità di limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello consono, purché sulla base di criteri oggettivi e del principio di trasparenza. Il numero minimo deve essere sufficiente a garantire una concorrenza effettiva.⁵³⁴ Gli aggiudicatori possono, altresì, condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti.⁵³⁵

⁵³² Art. 33 della Direttiva.

⁵³³ Art. 37(2) della Direttiva.

⁵³⁴ Art. 37(3) della Direttiva.

⁵³⁵ Art. 37(6) della Direttiva.

Ai sensi dell'art. 40, inoltre, l'amministrazione comunica, quanto prima, ai candidati e agli offerenti, le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione di una concessione, come il nome dell'offerente, i motivi del rigetto della loro domanda e della loro offerta, i motivi per i quali è stato deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando o di riavviare la procedura.

Per quanto attiene ai criteri di aggiudicazione, inoltre, come accennato sopra, va detto che, ai sensi dell'art. 41, essi devono essere conformi ai principi di cui all'art. 3 e assicurano una concorrenza effettiva e un vantaggio in capo all'aggiudicatore. Tali criteri devono, pertanto, essere connessi all'oggetto della concessione e non lasciare una libertà eccessiva all'ente. Sono, inoltre, accompagnati da requisiti che consentono di verificare le informazioni fornite dagli offerenti.

2.3.4. Requisiti di applicabilità: concessione (di servizi), soglie, aree demaniali

Esaminati gli aspetti della Direttiva 2014/23/UE che potrebbero interessare maggiormente i servizi che sono oggetto del presente lavoro, occorre domandarsi se essa sia applicabile agli stessi. A tal fine, saranno presi in considerazione tre variabili: la definizione di concessione e, in particolare, di concessione di servizi, le soglie di applicabilità, ossia, in altre parole, se i servizi che sono resi su spazi demaniali in concessione o autorizzazione superano il *de minimis* fissato nella direttiva in questione e, da ultimo, il concetto stesso di situazione afferente al demanio, come delineata nella stessa.

Tanto per cominciare, va detto che la Direttiva "Concessioni" si applica alle concessioni di lavori e di servizi. Ciò che s'intende per "concessione" è contenuto nel

considerando 11, dove viene specificato che esse “sono dei contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l’esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l’acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori.”

Il considerando 18, inoltre, precisa ulteriormente la definizione di concessione, anche in riferimento a ciò che viene denominato “rischio operativo”. Infatti, “la caratteristica principale della concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore.”

Infatti, senza la sussistenza del rischio in capo all’operatore economico, non vi sarebbe giustificazione per l’applicazione di norme specifiche e, quindi, in un certo senso, distinte rispetto a quelle degli appalti.⁵³⁶ Il rischio, infatti, potrebbe derivare da tutti quei fattori che, in un certo qual modo, sfuggono al controllo delle parti: rischio dal

⁵³⁶Considerando 18 della Direttiva.

lato della domanda, o dal lato dell'offerta, ossia il rischio che la fornitura non corrisponda alla domanda, ovvero da entrambe le cose.⁵³⁷

Altro aspetto essenziale, nella definizione di “concessione” è rappresentato proprio dalla durata limitata, al fine di evitare barriere all'ingresso e, quindi, restrizioni della concorrenza. Qualora, invece, le concessioni abbiano una durata eccessivamente lunga, si potrebbe verificare un ostacolo alla Libertà di Stabilimento o alla Libera Prestazione di Servizi. Pertanto, la durata deve consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti ai fini dell'esecuzione della concessione, nonché, chiaramente, di ottenere un ritorno economico. Per tutte quelle concessioni che eccedono i cinque anni, la durata dovrebbe, di conseguenza, essere limitata al periodo che, ragionevolmente, può consentire all'aggiudicatario, di recuperare gli investimenti effettuati e ottenga un ritorno. La stima deve essere valida al momento dell'aggiudicazione.

Dev'essere possibile, altresì, includere gli investimenti iniziali e successivi necessari per l'esecuzione. E' opportuno, quindi, che la durata massima sia indicata nei documenti di gara, salvo che essa stessa non venga utilizzata quale criterio di aggiudicazione.

I concetti sovraesposti sono contenuti anche nell'articolato della Direttiva. La definizione di concessione riprende, infatti, ciò che è considerato l'elemento distintivo tra appalti e concessioni, ossia il trasferimento del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. Si presume, pertanto, che vi sia stata assunzione del rischio qualora, in condizioni normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati

⁵³⁷Considerando 20 della Direttiva.

o dei costi sostenuti per la gestione.⁵³⁸ La durata limitata della concessione è, invece disciplinata dall'art. 18 della Direttiva.

Ai fini della presente ricerca e dell'applicabilità della Direttiva, occorre pertanto domandarsi se i servizi che sono resi su spazi demaniali in concessione o autorizzazione utilizzino ciò che è definito come "concessione" dal diritto secondario. In altre parole, per esempio, si può affermare che le concessioni demaniali marittime siano effettivamente delle concessioni ai sensi del diritto europeo? Per quanto riguarda il trasferimento del rischio, ad esempio, non paiono sussistere problemi. L'operatore economico, infatti, è investito del rischio operativo: questo, perché, per l'appunto, deve far fronte al rischio proveniente dal lato dell'offerta e dalla domanda.

Per quanto riguarda, inoltre, la limitatezza della durata, non si può non sostenere che sia possibile prevedere un termine, laddove, come nel caso italiano, non vi sia una durata limitata certa, in quanto, il quadro legislativo, da riordinarsi, da un lato, prevedeva, fino all'apertura della procedura d'infrazione 4908/2009, il rinnovo automatico e il diritto d'insistenza per il gestore uscente, dall'altro, almeno fino questo momento, risulta incompleto e disordinato.

L'aspetto problematico riguarda, in primo luogo, che, ai sensi del diritto europeo, (*rectius*, ai sensi del diritto secondario europeo) le concessioni sono contratti e, in secondo luogo, che, ammesso che le concessioni che sono oggetto del presente lavoro possano considerarsi tali, la Direttiva 2014/23/UE si applica alle concessioni di servizi o

⁵³⁸Art. 5(1) della Direttiva.

di lavori, mentre, almeno secondo il diritto nazionale, oggetto della concessione o della autorizzazione demaniale, sarebbe il bene demaniale e non il servizio.⁵³⁹

Per quanto attiene al primo dei due aspetti, va detto che, guardando alle legislazioni nazionali⁵⁴⁰, alcuni ordinamenti definiscono le situazioni che sono oggetto di analisi, come concessioni, altri ancora come autorizzazioni e, altri ancora, come licenze. Sempre facendo riferimento alle legislazioni statali, per quanto attiene al secondo aspetto, va ribadito che si tratta di beni e non di servizi. Tuttavia, ciò che occorre domandarsi è che cosa siano esse alla luce del diritto europeo. Secondo quest'ultimo, infatti, com'è stato affermato sopra, le concessioni sono dei contratti.

Per quanto riguarda la forma giuridica, è d'uopo rilevare che, nonostante nulla impedisca, agli ordinamenti nazionali, assegnare la fornitura di servizi quali quelli che sono oggetto di questo lavoro attraverso dei contratti, almeno per il momento, non sembra essere questa la realtà dei fatti. Tali servizi vengono, infatti, affidati attraverso dei provvedimenti che, agli occhi del diritto dell'Unione, potrebbero essere considerati come autorizzazioni in senso lato, ossia, ad esempio, quali licenze o autorizzazioni in senso stretto. Non sarebbe, però, neppure scorretto qualificarle quali concessioni al di fuori della Direttiva 2014/23/UE, fintanto che, per l'appunto, sia chiaro che esse rimangono al di fuori del campo d'applicazione del diritto secondario in materia di concessioni.

Per quanto riguarda, invece, al secondo dei due aspetti, se è vero che, secondo il diritto nazionale, non si tratterebbe di "servizi" perché oggetto della concessione o

⁵³⁹Cfr. Capitolo III

⁵⁴⁰Cfr. parte seguente

dell'autorizzazione è il "bene demaniale", mentre, per il diritto europeo, tali attività sono a pieno ricomprese all'interno della disciplina del mercato interno dei servizi, ossia dell'art. 49 TFUE e relativa giurisprudenza, nonché, della Direttiva 2006/123/CE, non paiono sussistere problemi particolari. Va da sé che l'operatore economico non vuole ottenere il bene in quanto tale, ma il bene in quanto attraverso esso può esercitare la propria attività economica, qualificabile, ai sensi del diritto dell'Unione Europea, come servizio. In altre parole, da un punto di vista sostanziale, si può affermare che si tratta di servizi e non di beni.

Sempre in materia di applicabilità della Direttiva "Concessioni", inoltre, occorre aggiungere che, ai sensi del considerando 15, non dovrebbero considerarsi come concessioni ai sensi della direttiva, "taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici."

E ancora: "ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore."

Di primo acchito, la lettura del considerando sovraesposto, nonostante esso costituisca un mero strumento interpretativo, parrebbe escludere l'applicazione della Direttiva 2014/23/UE ai servizi che sono resi su spazi demaniali. Infatti, va detto che esso fu aggiunto proprio a seguito del dibattito, in materia di concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, svoltosi in Italia.⁵⁴¹

Tuttavia, se, da un lato, è vero che i servizi che sono oggetto del presente lavoro, sembrerebbero, al di là del fatto che siano assegnati tramite contratti o tramite provvedimenti amministrativi, esclusi dal campo di applicazione della Direttiva, proprio in virtù del fatto che, nel summenzionato considerando, si fa espresso riferimento a diritti di taluni operatori economici di gestire beni o risorse del demanio pubblico, dall'altro lato, occorrerebbe dire che il considerando esclude queste situazioni solo quando l'aggiudicatore non acquisisce alcun lavoro o servizio specifico. Sarebbe pertanto alquanto azzardato sostenere che, ad esempio, nei servizi che sono resi su spazi demaniali, l'ente non acquisisca alcun servizio specifico.

Basti pensare alle concessioni demaniali marittime dove, la pubblica amministrazione, acquisisce, in alcuni casi, un servizio di salvataggio, di pulizia delle aree ecc. O, comunque, il servizio balneare è un servizio che viene fornito alla collettività e che, nonostante, almeno per il momento, non sia considerato un Servizio d'Interesse Economico Generale, avrebbe tutti i crismi per esserlo. Non è chiaro quale possa essere l'utilità, invece, della seconda parte di detto considerando, dove si fa riferimento al fatto che, quanto esposto sopra valga soprattutto nei casi di contratti di locazione, di beni o terreni, dove siano riportati obblighi del locatore e del conduttore.

⁵⁴¹Cfr. Capitolo III.

Per quanto riguarda le soglie, invece, va detto che, al considerando 23, si stabilisce che la presente Direttiva si applichi solo ai contratti di concessione, il cui valore sia pari o superiore a una data soglia, soglia che dovrebbe riflettere il chiaro interesse transfrontaliero delle concessioni. Il calcolo deve fare riferimento al fatturato totale del concessionario, come corrispettivo, stimato dall'ente, IVA esclusa, per tutta la durata del contratto e comprese le forniture accessorie. La soglia di riferimento è contenuta, quindi, nell'art. 8 della Direttiva. Ai fini della valutazione, il momento che fa fede è l'invio del bando o, in taluni casi, il momento dell'aggiudicazione.

Il valore stimato è calcolato con metodo oggettivo ed è specificato nei documenti della concessione. Nel calcolo, si tiene conto, *inter alia*, del valore di eventuali forme di opzione o proroghe della durata, degli introiti derivanti dal pagamento, di qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsiasi forma, da parte dell'aggiudicatore, escluse eventuali compensazioni per assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e sovvenzioni pubbliche d'investimento, il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dagli aggiudicatori, se necessari all'esecuzione. Va da sé, che, il metodo di calcolo non può essere scelto con l'intenzione di escludere la concessione in questione dal campo di applicazione della Direttiva.

La soglia di cui all'art. 8, potrebbe escludere certamente alcune delle singole concessioni che sono oggetto del presente lavoro, dal campo di applicazione della Direttiva 2014/23/UE, ma non tutte. Si verificherebbe, pertanto, uno scenario frammentato, a seconda del valore economico delle stesse.

In conclusione, per quanto riguarda la Direttiva “Concessioni”, si potrebbe dire che se, da un lato, né il considerando 15, né la questione delle soglie, porrebbero alcun problema ai fini dell’applicazione, dall’altro lato, stando alla definizione di concessioni contenuta nella stessa, si potrebbe facilmente sostenere che i servizi offerti su spazi demaniali non sono, ai soli fini della Direttiva 2014/23/UE, inquadrabili come concessioni. Tuttavia, se esse sfuggono alla Direttiva “Concessioni”, rimangono, comunque, sottoposte ai principi generali in materia di appalti pubblici così come evidenziati dalle Direttive “Appalti” e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e così come discendono dai Trattati, e, altresì, alla Direttiva 2006/123/CE e alla giurisprudenza in materia di Libertà di Stabilimento.

Conclusioni

All’interno di questo capitolo si è affrontato l’impatto, diretto, della Direttiva 2006/123/CE e quello indiretto delle Direttive “Appalti” e della Direttiva “Concessioni” sui servizi offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione. Ciò che emerge è che, come accennato già all’interno del primo capitolo, la Direttiva “Servizi”, nonostante la sua genesi tormentata, nonostante i limiti intrinseci di uno strumento legislativo orizzontale di tale portata e, da ultimo, nonostante il quadro frammentato che risulta da una trasposizione alquanto disordinata, giuridicamente parlando non ha creato nulla di nuovo, almeno a livello di diritto sostanziale.

Essa, quindi, altro non fa se non evidenziare meglio ciò che era già contenuto all’interno del diritto primario. Va da sé, quindi, che l’obbligo di gara esplicitato dalla stessa per le autorizzazioni disponibili in quantità limitata per scarsità delle risorse

naturali o di capacità tecnica, nonché l'obbligo di provvedere ad una durata limitata delle stesse, sussisteva prima della sua entrata in vigore e continuerebbe a sussistere nel caso ipotetico in cui la Direttiva "Servizi" non si applicasse alle attività economiche che sono oggetto del presente lavoro.

In aggiunta, la durata limitata e l'obbligo di gara sono resi ancora più espliciti dall'impatto dei principi generali in materia di appalti pubblici i quali sono stati utilizzati dalla Corte di Giustizia per "normare" le concessioni ben prima dell'adozione della nuova direttiva.

L'azione dei suddetti principi sulle concessioni di servizi e, quindi, sulle concessioni o sulle autorizzazioni che sono oggetto del presente lavoro, si può osservare non solo dalla giurisprudenza, ma anche andando a verificare come quegli stessi principi siano stati declinati nelle Direttive "Appalti" e come siano stati ripresi dalla Direttiva "Concessioni" stessa, che, però, come specificato sopra, sembra non essere applicabile, almeno nel caso italiano, ai servizi offerti su spazi demaniali in concessione.

Va infatti detto che, se da un lato, le concessioni che sono oggetto del presente lavoro non sembrano essere, almeno per quanto riguarda la situazione italiana, qualificabili come dei contratti di concessione di servizi ai sensi del diritto dell'Unione, e resterebbero, pertanto, al di fuori del campo d'applicazione della Direttiva "Concessioni", dall'altro lato fatta chiarezza sul fatto che la Direttiva 2006/123/CE esercita una vera e propria funzione appaltante e concessoria e che, pertanto, l'obbligo di gara per l'aggiudicazione e la durata limitata del titolo abilitativo sussiste a prescindere dal fatto che le si qualifichi come concessioni o come autorizzazioni.

CAPITOLO TERZO

Parte I

La disciplina di certi servizi offerti su spazi demaniali in concessione nell'ordinamento giuridico italiano.

Introduzione

Dopo aver affrontato, nei due capitoli precedenti, l'impatto del diritto europeo primario e secondario sui servizi che sono offerti sulle concessioni demaniali marittime, occorre esaminare quale sia la disciplina delle stesse a livello nazionale. Questo per due ordini di ragioni: la prima consiste nel fatto che, per comprendere se le norme degli Stati Membri rispettino il diritto europeo e i principi in materia di appalti pubblici e concorrenza occorre, dapprima, conoscere come tali servizi siano stati e siano tuttora aggiudicati negli Stati Membri; la seconda consiste, invece, nell'individuare le forme più adatte di regolazione affinché siano rispettate le norme e i principi di cui sopra.

Com'è apparso dai capitoli precedenti, infatti, sembra pacifico poter affermare che, nonostante la disciplina dei beni demaniali marittimi e delle attività economiche che vi possano essere esercitate possa apparire semplice, vi sia una varietà di questioni che devono essere considerate. Innanzitutto, il fatto che, trattandosi, per l'appunto, di beni demaniali che sono affidati in concessione, si possa legittimamente pensare che

possano essere qualificati come concessioni di beni o concessioni su beni.⁵⁴² In realtà, per fugare ogni possibile dubbio in questo senso sarà sufficiente considerare cosa succeda nel momento in cui lo Stato o chi per esso voglia aggiudicare una tale concessione ad un operatore economico e, altresì, la motivazione che spinge l'operatore economico ad ottenere il bene in questione.⁵⁴³

Se si osserva attentamente ciò che accade nella realtà, infatti, si noterà che l'operatore che voglia ottenere il bene demaniale in questione mira ad esercitarvi sopra un'attività economica che, come è già stato sottolineato, è qualificabile come "servizio" ai sensi e dei Trattati⁵⁴⁴ e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.⁵⁴⁵ Per questo motivo, quindi, appare corretto qualificare le situazioni summenzionate come

⁵⁴²Sulla natura delle concessioni demaniali marittime come concessioni di beni o come concessioni su beni si veda, *inter alia*: A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Una Difficile Sintesi*. Aracne, 2013.

⁵⁴³Se, da un lato, almeno nel caso italiano, non sembra possibile qualificare le concessioni di cui sopra come delle vere e proprie concessioni di servizi ai sensi del diritto UE, e, di conseguenza, apparirebbe dubbia l'applicabilità della nuova Direttiva "Concessioni" al caso di specie, dall'altro lato, visto che tali concessioni rientrano, comunque, nel campo di applicazione del diritto primario e della direttiva 2006/123/CE, non vale la pena spendere troppe risorse nel cercare di ingabbiare, dottrinalmente, le fattispecie ivi esaminate. Il dato di fatto rimane che il prestatore di servizi, se si usa la terminologia propria del mercato interno, o l'operatore economico, se si usa la terminologia propria del diritto in materia di appalti pubblici e concessioni, anela al bene in questione non per il valore economico dello stesso, che, comunque, in sé, è pari a zero, ma per l'attività economica che potrà esercitarvi sopra, ossia per il servizio.

⁵⁴⁴ Cfr. Capitolo I

⁵⁴⁵*Ibid.*

concessioni che, tuttavia, sfuggono all'applicazione della direttiva 2014/23/EU.⁵⁴⁶

Un'altra questione degna di menzione è il fatto per cui, com'è apparso dalla disamina condotta nel primo e nel secondo capitolo, le attività che sono esercitate su spazi aggiudicati in concessione, quali concessioni di spiaggia e concessioni idroelettriche, pur sfuggendo alla direttiva "concessioni", ricadono comunque sotto l'applicazione del diritto primario europeo, ossia delle libertà fondamentali, dei principi in materia di appalti pubblici, della Direttiva "Servizi" che, come è stato specificato nel secondo capitolo esercita in questo caso una funzione "appaltatrice e concessoria".⁵⁴⁷ In altre parole, sebbene la disciplina delle concessioni demaniali marittime possa apparire semplice, si può notare come su di essa s'intreccino varie fonti e varie branche del diritto.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, GUUE L 94/1, del 28.3.2014;

⁵⁴⁷ Com'è stato evidenziato nel Capitolo II del presente lavoro, l'art. 12 della Direttiva "Servizi" svolge, in determinati casi, una vera e propria funzione "appaltante", mentre in altri casi una funzione "concessoria". Si sostiene, infatti, che essa abbia contribuito e ancora contribuisca a riempire quella sorta di vuoto normativo, almeno in riferimento al diritto secondario, causato, dapprima dall'assenza totale di una legislazione europea in materia di concessioni e, attualmente, dal fatto che, stando al considerando n. 15 della Direttiva "Concessioni", quest'ultima sembra non essere applicabile alle concessioni ivi esaminate.

⁵⁴⁸ Oltre alle fonti europee di rango primario e secondario e alla giurisprudenza, e oltre alle fonti statali e regionali, le concessioni demaniali marittime rappresentano un punto di raccordo tra la normativa in materia di mercato interno, in quanto si tratta pur sempre di Libertà di Stabilimento e di Libera Prestazione di Servizi, tra principi in materia di appalti pubblici e concessioni e, infine, diritto della concorrenza.

Da ultimo, vale la pena fare riferimento al fatto per cui, come già anticipato nella parte del secondo capitolo dedicata alla Direttiva “Servizi”, ciò che rende estremamente interessante la disciplina delle concessioni demaniali marittime è il fatto stesso per cui esse possano fornire un modello adeguato per la disciplina di altre tipologie di servizi offerti su spazi in concessione, come, ad esempio, le concessioni idroelettriche.⁵⁴⁹

Conseguentemente, in questo capitolo, si cercherà di mettere in evidenza quale sia la disciplina delle concessioni demaniali marittime in Italia e in altri Stati Membri e quali possano essere gli sviluppi futuri alla luce dell’impatto del diritto europeo. Nella primissima parte sarà preso in considerazione il caso italiano, che, tra tutti, è forse quello più emblematico. Va, infatti, chiarificato come il diritto europeo abbia influito sulla modernizzazione della gestione dei beni demaniali e dei servizi che ivi possono essere offerti, tendenza che, occorre dirlo, era già stata in parte anticipata dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa nazionale. Inoltre, saranno presi in considerazione anche ordinamenti di altri Stati Membri che sono stati ritenuti, a causa delle loro caratteristiche geomorfologiche, comparabili con il caso italiano.

La modernizzazione della normativa in materia di concessioni demaniali marittime è stata considerata- e ancora lo è- una vera e propria “patata bollente” dai vari governi che si sono succeduti dall’apertura da parte della Commissione europea della

⁵⁴⁹ A riguardo, si cfr. la procedura d’infrazione n. 2011_2026, “Normativa italiana in materia di concessioni idroelettriche”, messa in mora complementare.

procedura d'infrazione 2008/4908.⁵⁵⁰ Se, infatti, giuridicamente parlando il problema non sarebbe nemmeno di difficile soluzione, a complicare il quadro intervengono, come spesso accade in queste situazioni, considerazioni di natura meramente politica che poco o nulla hanno a che fare con diritto ed economia.

E' opinione dell'autore, tuttavia, che, sebbene non ci si possa e non ci si debba aspettare che le summenzionate questioni politiche siano tralasciate dal legislatore, una regolazione che possa dirsi ottimale deve fondarsi su un'analisi che sia in grado di consegnare al legislatore *pro tempore* la soluzione più efficiente. Occorre altresì specificare che la soluzione al problema deve essere, oltre che efficiente, "legale". Con "legale" s'intende, per l'appunto, una normativa che rispetti il diritto europeo e il diritto nazionale.

La prima parte di questo capitolo è, come si è detto, dedicata al caso italiano. Si farà, inizialmente, riferimento alla procedura d'infrazione a suo tempo aperta dalla Commissione Europea, poi ci si riferirà alla normativa statale e regionale e alla giurisprudenza costituzionale e amministrativa. Da ciò emergerà come ciò che è menzionato all'interno della procedura d'infrazione, che, comunque, si evince dalla disamina del diritto primario e secondario europeo, era già stato, per certi versi, anticipato e dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa nazionale e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.⁵⁵¹ Si proseguirà, poi, con il delineare quale sia la procedura al momento applicabile nel caso di aggiudicazione o di rinnovo delle

⁵⁵⁰ Procedura d'infrazione n. 2008_4908, "Normativa italiana in materia di concessioni demaniali marittime", messa in mora complementare

⁵⁵¹ Cfr. Capitolo II

concessioni demaniali marittime e quali siano i recenti tentativi di riordino della disciplina che, fatta eccezione per la proposta di decreto “Gnudi”⁵⁵², possono qualificarsi come fortemente maldestri.⁵⁵³

3.1.1. La procedura d’infrazione

Prima di scendere nei particolari, occorre rammentare, seppur brevemente, che cosa sia una procedura d’infrazione secondo il diritto europeo. La Commissione Europea, infatti, detiene il ruolo di vero e proprio “guardiano dei Trattati” poiché vigila sull’adempimento, da parte degli Stati, degli obblighi derivanti dai Trattati stessi. Pertanto, la procedura d’infrazione è uno strumento indispensabile per garantire l’effettività del diritto dell’Unione. La decisione se far scattare o meno il meccanismo spetta alla Commissione che gode di un potere discrezionale e può agire sulla base di una denuncia di privati, sulla base di un’interrogazione parlamentare o di propria iniziativa.

Il tutto è disciplinato dall’art. 258 TFUE. Il procedimento si articola in due fasi distinte: una precontenziosa e una contenziosa. La prima prevede l’invio di una lettera di messa in mora cui lo Stato ha facoltà di rispondere presentando osservazioni entro due mesi. In questo caso va detto che la violazione contestata può consistere nella mancata attuazione di una norma europea oppure in una disposizione o pratica che risulti essere incompatibile. Naturalmente, la procedura è avviata nei confronti di uno

⁵⁵²Schema di decreto legislativo c.d. “Gnudi” ai sensi dell’art. 11, comma II, l. 217/2011 (Legge Comunitaria 2010);

⁵⁵³Cfr. ultimo paragrafo del presente capitolo

Stato Membro in quanto tale, sia che l'autore dell'infrazione sia un organo costituzionale o un ente territoriale o un soggetto di diritto privato controllato dallo Stato. Se lo Stato non risponde entro i tempi stabiliti oppure non produce risposte soddisfacenti, la Commissione emetterà un parere motivato con cui l'inadempimento contestato verrà cristallizzato in fatto e in diritto, diffidando conseguentemente lo Stato a porvi fine entro un dato termine.

Se lo Stato non si adegua, la Commissione può presentare ricorso alla Corte di Giustizia, aprendo in tal modo, la fase contenziosa. La Corte, d'altro canto, non potrà far altro che accertare, almeno in questa prima parte della fase contenziosa, che lo Stato in questione è inadempiente. Esso è quindi tenuto a porre fine all'infrazione contestata. Tuttavia, se la Commissione ritiene che lo Stato non si sia conformato alla sentenza della Corte, può far scattare l'applicazione dell'art. 260 TFUE, in cui viene contestato un adempimento a sé stante che consisterà, per l'appunto, nella mancata adozione dei provvedimenti richiesti per l'esecuzione della sentenza di accertamento. Una sanzione forfetaria e una penalità di mora potranno essere comminate.

A questo punto, il tutto si potrà chiudere con un'ulteriore sentenza in cui la Corte condannerà lo Stato al pagamento di una sanzione consistente e in una forma forfetaria e in una penalità di mora. Esse potranno essere inflitte cumulativamente qualora la violazione contestata sia particolarmente grave e persistente. Chiaramente, le procedure d'infrazione possono anche essere archiviate già in fase precontenziosa, e questo solitamente si verifica qualora lo Stato abbia provveduto ad adempiere o quando, in sede di osservazioni, abbia fornito elementi idonei a soddisfare le preoccupazioni della Commissione. Nel caso ivi trattato, tuttavia, la chiusura della procedura, come poi

si vedrà più avanti, fu causata dal fatto che lo Stato italiano offrì importanti garanzie di riordino della disciplina.

Con la Procedura d'Infrazione n. 2008/4908, la Commissione Europea ha aperto uno dei dibattiti più controversi nella storia del processo d'integrazione dell'ordinamento giuridico italiano in quello europeo. Com'è noto, infatti, con lettera di messa in mora la Commissione segnalava l'incompatibilità di alcuni aspetti della normativa italiana in materia di concessioni del demanio pubblico marittimo con il diritto europeo. Il tutto si sviluppò a partire da una vera e propria denuncia⁵⁵⁴ che sosteneva che alcune norme del Codice della Navigazione e della l.r. Friuli Venezia Giulia n. 22/2006⁵⁵⁵ non potevano dirsi compatibili con l'attuale art. 49 TFUE.

Va, infatti, precisato che il Codice della Navigazione prevedeva, al titolo II, art. 37, comma II, un vero e proprio diritto d'insistenza⁵⁵⁶, mentre la summenzionata l.r. 13 novembre 2006, n. 22, oltre a prevedere, all'art. 2, l'elaborazione di un Piano di utilizzazione del demanio marittimo⁵⁵⁷, richiamava il suddetto diritto d'insistenza

⁵⁵⁴Nel caso di specie, fu un'impresa stabilita in Germania a contestare la compatibilità della normativa statale e regionale con il diritto europeo.

⁵⁵⁵Legge regionale 13 novembre 2006, n. 22; 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, BUR 15/11/2006, n. 46.

⁵⁵⁶Art. 37, comma II: "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. E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata.

⁵⁵⁷ Piano di Utilizzazione delle aree del demanio marittimo avente finalità turistico-ricreativa

contenuto all'interno della normativa statale.⁵⁵⁸ Stessa cosa compariva, conseguentemente, nel Piano di Utilizzazione del demanio marittimo.⁵⁵⁹

Se l'articolo del Trattato cui la Commissione fece riferimento, in termini di norme di rango primario, fu, com'è stato detto, l'art. 49 TFUE, il quale contiene una delle libertà fondamentali, ossia la Libertà di Stabilimento, va aggiunto che, secondo chi scrive, appare rilevante, sempre per quanto riguarda il diritto primario, l'art. 56 TFUE, che disciplina la Libera Prestazione dei Servizi. Entrambe, pertanto, sono due norme che, com'è stato dettagliatamente esposto nel primo capitolo⁵⁶⁰, sono direttamente applicabili sia verticalmente che orizzontalmente. Da esse, inoltre, così come dagli artt. 101 e 102 TFUE, discendono i principi applicabili in materia di appalti pubblici.⁵⁶¹ Va altresì menzionato che le libertà fondamentali costituiscono, agli occhi della Corte di Giustizia, dei veri e propri "diritti fondamentali"⁵⁶² e, come poi verrà in rilievo nel paragrafo dedicato alla giurisprudenza costituzionale, un vero e proprio parametro di costituzionalità attraverso l'art. 117 della Costituzione.

⁵⁵⁸ ai sensi dell'art. 9, comma IV che "per la determinazione della più proficua utilizzazione della concessione, si provvede alla comparazione delle istanze concorrenti mediante il criterio dell'offerta più vantaggiosa, sulla base di almeno sei dei seguenti criteri scelti preventivamente e resi noti contestualmente alla pubblicazione dell'avviso di selezione: [...] g) trovarsi nella situazione di priorità indicata all'articolo 37, comma secondo, secondo periodo, del Codice della Navigazione, [...]"

⁵⁵⁹ Piano di Utilizzazione del demanio marittimo, approvato con il Decreto del Presidente della Regione, n. 0320/Pres., del 9 ottobre 2007.

⁵⁶⁰ Cfr. Capitolo I

⁵⁶¹ Cfr. Capitolo II

⁵⁶² Cfr. Capitolo I

Detto questo, occorre rilevare quale fosse la *ratio* di una procedura d'infrazione avente per oggetto l'incompatibilità con il diritto europeo di parte della normativa in materia di concessioni demaniali. Ciò è presto detto: la Libertà di Stabilimento conferisce ad ogni persona fisica e giuridica la possibilità di partecipare in modo stabile e duraturo alla vita economica di uno Stato Membro diverso dal suo Stato d'origine. Questo significa che le imprese hanno il diritto di stabilirsi in un altro Stato Membro sia a titolo principale sia a titolo secondario senza essere sottoposte all'applicazione di norme statali che violino il principio di non discriminazione⁵⁶³ e il principio dell'accesso al mercato⁵⁶⁴.

Nel caso di specie, la Commissione rilevò che le disposizioni di cui all'art. 37 del Codice della Navigazione e della l.r. 22/2006, nonostante potessero qualificarsi come non discriminatorie, proprio perché indistintamente applicabili a imprese nazionali e non, favorivano e, visto il permanere del vacuum normativo, favoriscono ancora coloro che già dispongono di una concessione e che, quindi, sono già stabiliti. La procedura d'infrazione non manca di richiamare il fatto per cui il diritto d'insistenza debba considerarsi come una vera e propria restrizione alla Libertà di Stabilimento giacché comporterebbe una discriminazione basata sul luogo di stabilimento. A dir la verità, poco importerebbe se una tale misura costituisca una discriminazione indiretta. Essa, infatti, sarebbe in ogni caso ricompresa all'interno del test dell'accesso al mercato.

Se comunque la Commissione, all'interno del documento in questione, dichiarò che il diritto d'insistenza altro non farebbe che snaturare la procedura di selezione

⁵⁶³*Ibid.*

⁵⁶⁴*Ibid.*

e, quindi, comporterebbe una vera e propria violazione del principio di parità di trattamento rendendo estremamente difficile l'accesso di altri operatori economici, sembrerebbe molto più appropriato dire che, nel sistema attuale, non vi è alcuna procedura di selezione tra più candidati e che dell'introduzione di un tale meccanismo debba al più presto occuparsi il legislatore statale proprio per adempiere ai propri obblighi non solo nei confronti del diritto europeo, ma anche del diritto costituzionale ed amministrativo interno.⁵⁶⁵ E' d'uopo altresì richiamare il fatto per cui la situazione attuale, caratterizzata da un sistema che può qualificarsi "illegale" su più livelli, presenta profili di criticità non solo da un punto di vista squisitamente giuridico, ma anche economico.

Appare alquanto intuitivo, infatti, che un sistema in cui agli operatori economici presenti sul mercato non sia consentito competere per ottenere un bene che è loro necessario per fornire un determinato tipo di servizio, non possa che considerarsi economicamente inefficiente. Tale valutazione ne esce poi rafforzata se, nel medesimo sistema, le autorità contraenti non esperiscano alcuna procedura selettiva per l'aggiudicazione del contratto in concessione, non tanto per individuare chi offra di più in termini di canone demaniale, quanto per selezionare chi offra maggiori garanzie di una proficua utilizzazione del bene in questione attraverso, ad esempio, la presentazione di un dettagliato piano degli investimenti. Disposizioni del genere, volte a dissuadere, se

⁵⁶⁵ Com'è stato detto sopra, l'art. 117 (1) Cost. recita: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Come poi si vedrà più avanti, lo Stato ha competenza esclusiva in materia di concorrenza e di tutela dell'ambiente.

non addirittura a impedire ad altre imprese a offrire, quindi, servizi più efficienti, non possono che ritenersi incompatibili con il mercato interno.⁵⁶⁶

Per quanto riguarda, poi, la possibilità di giustificare il diritto d'insistenza attraverso l'attuale art. 51 TFUE, volto ad escludere l'applicazione del capo del Trattato dedicato alla Libertà di Stabilimento a tutte quelle attività che partecipino all'esercizio dei pubblici poteri, la Commissione altro non ha fatto che ricordare che, costituendo la norma summenzionata una deroga ad una libertà fondamentale è soggetta ad un'interpretazione ristretta e quindi applicabile alle attività che costituiscano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri.⁵⁶⁷ Tale valutazione non deve sorprendere. Infatti, come poi sarà evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa più recente, la gestione dei beni del demanio è economicamente orientata.

Ciò che non bisogna perdere di vista è che attraverso questi beni si offre, al concessionario, occasione di guadagno attraverso la fornitura di servizi che possono essere alquanto redditizi. Per quanto attiene, invece, alla possibilità di invocare l'art. 52 TFUE, ossia le giustificazioni per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, la Commissione fece presente che, trattandosi, anche in questo caso, di deroghe, esse andavano interpretate in maniera restrittiva.⁵⁶⁸

In risposta alla lettera di messa in mora, la Presidenza del Consiglio dei Ministri trasmetteva, per il successivo inoltro alla Commissione, le note del Ministero delle

⁵⁶⁶ Cfr. Causa C-442/02 CaixaBank, par 12;

⁵⁶⁷ Cfr. Causa C-114/97, Commissione c Spagna, par 34, 35;

⁵⁶⁸ *Ibid.* par. 15

Infrastrutture e dei Trasporti⁵⁶⁹ e della Regione Friuli Venezia Giulia⁵⁷⁰ con cui si comunicava che si stava procedendo all'adeguamento della normativa nazionale e regionale al diritto europeo.

L'Ufficio legislativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, pertanto, ricordava che già la giurisprudenza amministrativa e contabile aveva iniziato a interpretare e limitare l'applicazione del diritto d'insistenza proprio con il fine di evitare l'esperimento di procedure non pubblicizzate di rinnovo "con conseguente attribuzione di un vantaggio⁵⁷¹ al precedente concessionario".

Nella suddetta nota, inoltre, il Ministero in questione faceva altresì riferimento al principio che era proprio della disciplina degli appalti pubblici, secondo cui in sede di rinnovo o di proroga di appalti o concessioni non possa avere luogo una procedura meno trasparente rispetto a quanto avviene in fase di assegnazione. Pertanto, concludeva, il diritto d'insistenza doveva ritenersi in chiaro contrasto con il diritto europeo soprattutto se volto a conferire privilegi o prelezioni al concessionario uscente. Infine, veniva assicurata la riformulazione della norma secondo i principi del diritto europeo.

Ciò nonostante, dopo la lettera di messa in mora, continuando a permanere profili d'illegittimità, la Commissione inviava una lettera di messa in mora complementare⁵⁷² per richiamare l'attenzione su alcuni aspetti della normativa italiana

⁵⁶⁹ Prot. N. 12881 del 26.03.2009

⁵⁷⁰ Prot. N. 1729/UO/DIR del 27.03.2009

⁵⁷¹ Cfr. Capitolo IV.

⁵⁷² Lettera di messa in mora complementare del 5.5.2010; 2008/4908, C (2010) 2734;

in materia di concessioni del demanio pubblico marittimo che avrebbero potuto sollevare questioni di conformità con il diritto europeo. Dopo aver ricordato la prima costituzione in mora, nella quale, come detto sopra, si censurava il diritto d'insistenza accordato, ex lege, al concessionario uscente, e ricordato, altresì che le autorità statali si erano poi impegnate a modificare la normativa con l'obiettivo primario di rendere la legislazione in oggetto conforme al diritto europeo, e ricordato che, secondo il calendario fissato, le autorità italiane notificavano il progetto di decreto che modificava le disposizioni contestate del Codice della Navigazione, la Commissione prendeva atto dei passaggi legislativi messi in moto dallo Stato italiano per rispondere alle censure di cui alla costituzione in mora.

In primo luogo, va ricordata l'adozione del d.l. 194/2009⁵⁷³ che modificava le disposizioni censurate del Codice della Navigazione e, conseguentemente, la relativa legge di conversione 25/2010.⁵⁷⁴ Tuttavia, come poi apparve manifestamente chiaro, tale legge di conversione conteneva un rinvio all'articolo 1, comma II, del d.l. 400/1993, rinvio che non era previsto nel d.l. 194/2009. La motivazione per cui tale rinvio aveva scatenato una lettera di messa in mora complementare era insita nel fatto che la norma cui si rinviava conteneva il c.d. meccanismo del rinnovo automatico.⁵⁷⁵

⁵⁷³Decreto legge del 30 dicembre 2009, n. 194, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, GURI del 30 dicembre 2009, n. 302;

⁵⁷⁴Legge 26 febbraio 2010, n. 25, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative", GURI n. 48 del 27 febbraio 2010, suppl. 39;

⁵⁷⁵L'articolo 1, comma II, recitava: "Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività hanno durata di sei anni. Alla scadenza si

Tale meccanismo, com'è stato già menzionato nel secondo capitolo del presente lavoro, risulta non solo non essere in linea con i principi in materia di appalti pubblici derivanti dal Trattato e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma risulta espressamente contrario all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE.

Infatti, come la Commissione aveva messo in chiaro, un rinvio di tale portata ad un meccanismo, come quello del rinnovo automatico, contrario ai principi generali e alla Direttiva “Servizi”, sarebbe stato altresì contrario al principio dell'*effet utile* del diritto europeo, in quanto avrebbe mirato a privare di ogni effetto utile il testo del decreto legge in questione che, d'altro canto, altro non faceva se non cercare di allineare la disciplina italiana a quella europea con l'eliminazione del diritto d'insistenza a favore del concessionario uscente.

Nella lettera di messa in mora complementare, la Commissione fece riferimento sia alla Direttiva Servizi⁵⁷⁶ sia alle fonti di rango primario e precisò che pertanto, le concessioni demaniali debbano essere qualificate come autorizzazioni⁵⁷⁷ il cui numero è limitato. L'effetto di un rinvio normativo a meccanismi di rinnovo automatico avrebbe avuto un effetto deterrente nella fornitura di servizi su aree in concessione. In aggiunta, come appare evidente da uno sguardo alle fonti del diritto europeo, la Commissione

rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84.

⁵⁷⁶Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, GUUE, L 376/36, 27.12.2006

⁵⁷⁷Cfr. art. 12 della Direttiva 2006/123/CE

rammentò che, nel caso ipotetico in cui l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE non dovesse essere applicabile, la fattispecie ricadrebbe tra le maglie applicative del diritto primario.⁵⁷⁸

Un richiamo ai passaggi che hanno portato alla costituzione in mora della Repubblica Italiana per violazione dell'articolo 12 della Direttiva "Servizi" in materia di attività economiche che sono offerte su spazi aggiudicati attraverso contratti in concessione appare necessaria proprio per sottolineare come la normativa statale sia stata censurata in quanto non conforme agli obblighi scaturenti dal diritto europeo primario e secondario e come, stando così le cose, sia necessario e urgente un riordino dell'intera disciplina da parte del legislatore. Infatti, come poi sarà messo in evidenza nel prossimo paragrafo, l'assenza di una regolazione conforme al diritto dell'UE e al diritto interno non fa altro che protrarre una situazione d'incertezza giuridica che, se da un lato impedisce a potenziali concorrenti degli attuali concessionari di accedere al mercato, non comporta alcun vantaggio per i concessionari uscenti, i quali, in presenza di siffatto vacuum normativo, mancano delle certezze necessarie per condurre in maniera efficiente la propria attività.

E' chiaro che l'apertura della summenzionata procedura d'infrazione ha scatenato numerose proteste tra gli operatori del settore, i quali, com'è facile comprendere, si sono visti sfumare certezze ormai stratificate e consolidate da anni di

⁵⁷⁸Le associazioni di categoria continuano ad invocare "l'uscita" dalla direttiva per evitare l'evidenza pubblica. Tuttavia, occorre ricordare, che la direttiva in questione altro non fa che applicare in maniera dettagliata principi generali del diritto europeo che discendono dalle libertà fondamentali. In ogni caso, se anche uscire dalla direttiva fosse possibile, le concessioni demaniali sarebbero ricomprese nel campo di applicazione dei Trattati.

mancata attuazione di meccanismi concorrenziali. Tra le argomentazioni più ricorrenti a favore del mantenimento dello *status quo*, sono state avanzate quella relativa al fatto per cui il sistema demaniale italiano non avrebbe eguali nell'area europea e che pertanto andrebbe preservato dalla concorrenza "esterna" e "sleale"; che solo in Italia esisterebbero delle strutture turistico-ricreative divenute tali grazie alla possibilità dei concessionari di investire e che una durata illimitata o, comunque, non predeterminata, della concessione sarebbe giustificata dal fatto che il concessionario dovrebbe garantire, a proprie spese, la manutenzione ordinaria e straordinaria del bene demaniale, la manutenzione e la pulizia della spiaggia lungo tutto l'arco dell'anno, ad organizzare un adeguato servizio di guardia diurna e notturna che tenga al sicuro il bene demaniale da atti vandalici.

Inoltre, secondo gli operatori, lo sviluppo economico del settore sarebbe stato garantito unicamente dalla continuità della gestione delle aree direttamente affidate dallo Stato, prima, e dai Comuni su conferimento di funzioni da parte delle Regioni poi. In altre parole, a detta degli attuali concessionari, l'esistenza di un prodotto unico di eccellenza che costituisce il fiore all'occhiello dell'economia turistica italiana in termini di PIL e di occupazione sarebbe stato possibile unicamente grazie all'attuale sistema che, com'è stato detto, non prevede alcuna tipologia di evidenza pubblica per la scelta del prestatore di servizi.

Inoltre, è importante sottolineare come alcuni operatori, proprio in virtù del loro volere argomentare a favore del mantenimento dello *status quo*, abbiano, più o meno volontariamente, confuso le concessioni demaniali con le normali licenze

commerciali⁵⁷⁹ sostenendo che queste ultime non hanno durata limitata e che la *ratio* della Direttiva 2006/123/CE è quella di eliminare schemi di autorizzazione; tuttavia sembrano dimenticarsi del fatto che se da un lato è vero, com'è stato analizzato nel secondo capitolo del presente lavoro, che la summenzionata direttiva ha lo scopo di eliminare gli schemi di autorizzazione, dall'altro lato va detto che, quando questi schemi si rendano necessari per motivi imperativi di interesse generale, essi devono essere accordati secondo criteri oggettivi e non discriminatori. Ma, ciò che va ivi rammentato è che qualora ci si trovi di fronte a un numero limitato di autorizzazioni dovuto alla scarsità delle risorse o capacità tecnica, gli Stati Membri devono introdurre una procedura selettiva con criteri oggettivi e non discriminatori.⁵⁸⁰

Nonostante le proteste degli operatori del settore, che vedevano minacciata la propria rendita di posizione, cominciassero sin da subito ad esplodere su tutto il territorio nazionale, il Governo italiano optò per una soluzione “tampone”.⁵⁸¹ Infatti, con il d.l. 194/2009 convertito nella l. 25/2010 veniva disposta, da un lato, l'abrogazione del diritto d'insistenza⁵⁸² e, al contempo, una clausola di salvaguardia a favore dei concessionari uscenti i cui titoli furono prorogati al 31 dicembre 2015. Successivamente, grazie all'adozione del d.l. 179/2012, convertito nella l. 221/2012⁵⁸³,

⁵⁷⁹ Si fa riferimento ad esempio alle licenze nel campo alimentare o industriale;

⁵⁸⁰ Cfr. Direttiva 2006/123/CE

⁵⁸¹ Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁵⁸² Abrogazione dell'art. 37 del codice della navigazione comma II

⁵⁸³ Cfr. art. 34-duodecies

la proroga fu estesa sino al 31 dicembre 2020.⁵⁸⁴ Va comunque detto che la procedura d'infrazione in questione fu archiviata⁵⁸⁵ proprio a seguito dell'emanazione della l. 217/11⁵⁸⁶ che, in ogni caso, pur abrogando il rinnovo automatico, aprì una nuova fase di incertezza normativa nell'attesa che il legislatore statale riordini la normativa alla luce del diritto europeo.

⁵⁸⁴Va altresì precisato che l'ambito di applicabilità della proroga non è limitato alle sole concessioni balneari, ma anche a quelle destinate alla nautica da diporto, come porti, approdi e punti di ormeggio. La giurisprudenza amministrativa ha infatti rilevato come la proroga ex lege opera anche nei confronti dei porti turistici, proprio in virtù del fatto che, non essendovi una definizione di concessioni demaniali turistico-ricreative e non essendo l'elenco di cui all'art. 1, comma I, del d.lgs 400/93 esaustivo, vi è comunque una convergenza tra le due. Cfr., *inter alia*, TAR Campania, Salerno, Sez. I, 1586/2011 e TAR Campania, Salerno, Sez. I, 84/2012. Di stesso avviso sembra essere una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 2151/2013 sostiene che, sebbene la lettera dell'art. 1, comma XVIII del d.l. 194/2009 richiami solamente le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, non intendesse escludere dall'ambito di applicabilità quelle riguardanti le strutture dedicate alla nautica da diporto. Tale pronuncia, infatti, ha anche sottolineato come il contenuto della summenzionata norma sia poi stato richiamato dall'art. 1, comma 547, l. 228/2012, il quale, con efficacia retroattiva, avrebbe specificato che la proroga in questione riguarda anche concessioni di beni demaniali marittimi con finalità sportive e di "quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto". La ratio sottesa, stando sempre al Consiglio di Stato, sarebbe quella per cui le due tipologie di concessioni avrebbero proprio nella finalità turistico-ricreativa il loro comune denominatore.

⁵⁸⁵ Essa fu archiviata il 27 febbraio 2012 su impegno, da parte del Governo italiano, che l'intera disciplina sarebbe stata riordinata.

⁵⁸⁶ Legge 15 dicembre 2011, n. 217 (Legge Comunitaria 2011)

3.1.2. La Normativa Statale

La normativa statale in materia di concessioni demaniali marittime, sebbene non sia giuridicamente complessa, richiede un'attenzione particolare proprio in virtù del fatto che, essendo alquanto disordinata, è figlia di una stratificazione che, intervenuta nel corso degli anni, testimonia un'evoluzione interessante verso una sempre maggiore considerazione economica dei servizi offerti sulle aree affidate agli operatori economici attraverso contratti di concessione.

Prima di scendere nei dettagli della normativa concernente le concessioni demaniali marittime, occorre fare riferimento ad una problematica che, oltre ad essere di natura dottrinale, ha risvolti pratici non indifferenti. Com'è stato evidenziato più volte, oggetto di analisi del presente lavoro non sono le concessioni di beni demaniali in sé, quanto, piuttosto, i servizi che su di essi sono offerti. Tale premessa è fondamentale per meglio comprendere il filo logico-argomentativo che sottende ai quattro capitoli che compongono quest'analisi.

Se, infatti, non è scorretto da un punto di vista teorico, riferirsi alle concessioni demaniali marittime come a delle concessioni di beni, dall'altro lato va detto che la prima concede un bene avente finalità turistico-ricreativa ad un soggetto che desidera tale bene per il solo fatto che su di esso potrà esercitare la propria attività economica consistente, per l'appunto, nella fornitura di un servizio.

Appare quindi evidente che il concessionario in questione, sia che partecipi e concorra in una procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione dell'area sia che si veda affidato, come accade nell'attuale sistema, il bene direttamente o tramite subentro o tramite un rinnovo automatico, sia qualificabile come prestatore di servizi secondo la

normativa europea in materia di mercato interno e possa altresì qualificarsi come operatore economico secondo il diritto europeo in materia di appalti pubblici. Da ciò ne consegue che, per chiarezza espositiva, ogni volta che si farà riferimento ai “beni demaniali” si farà riferimento alle attività che su di essi sono esercitate. Su questo punto, che è fondamentale, si tornerà in seguito.

Quando si parla di beni demaniali si trovano riferimenti, più o meno diretti, in pressoché tutte le fonti normative statali: Costituzione, Codice Civile, Codice della Navigazione, numerosissime legge speciali emanate fino a tempi recentissimi. Tanto per cominciare, gerarchicamente parlando, la prima fonte da menzionare è proprio l’art. 42 della Costituzione⁵⁸⁷ in cui il legislatore costituente fa un esplicito riferimento all’esistenza di una proprietà pubblica e una proprietà privata. Come sottolineato dalla dottrina⁵⁸⁸ la summenzionata norma costituzionale altro non farebbe che legittimare una sorta di deroga, rispetto a quanto disposto dal diritto comune, al godimento e alla circolazione dei beni pubblici. Una delle prime ragioni per le quali, probabilmente, i padri costituenti sentirono il bisogno di richiamare l’esistenza di due regimi proprietari diversi, risiederebbe proprio nella necessità concreta di preservare i beni pubblici da

⁵⁸⁷L’art. 42 della Costituzione recita: “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

⁵⁸⁸ Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

pericoli che, ad esempio, potrebbero essere messi in atto dagli stessi enti proprietari dei beni. E' nota, infatti, la tentazione e dello Stato e degli enti pubblici di disfarsi, in tempi di crisi, dei beni di cui si ritrovino eventualmente proprietari.⁵⁸⁹

Con riferimento sempre al criterio gerarchico delle fonti statali, occorre menzionare la disciplina dei beni pubblici contenuta all'interno del Codice Civile agli artt. 822-830. La caratteristica comune a tali beni, che possono distinguersi in beni appartenenti al patrimonio indisponibile e beni appartenenti al demanio, restava, prima del federalismo demaniale, la titolarità in capo allo Stato e la presenza di un'utilità, come ad esempio un servizio o un interesse pubblico. Come ricordato dalla dottrina⁵⁹⁰, manca una vera e propria nozione legislativa di demanialità.⁵⁹¹ Tuttavia, all'art. 822 c.c. si trovano menzionati sia i beni del demanio necessario sia i beni del demanio eventuale. Il demanio marittimo e quello idrico⁵⁹², ad esempio, rientrano all'interno della nozione di demanio necessario: infatti, va ulteriormente sottolineato che il lido del mare, la spiaggia, le rade ed i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi appartengono al demanio necessario proprio perché non possono che appartenere al demanio a seguito delle loro caratteristiche fisiche.

Al demanio eventuale, invece, appartengono, ad esempio, strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi; ciò significa che i summenzionati beni appartengono al demanio solo se appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici territoriali. L'art. 822

⁵⁸⁹*Ibid.*

⁵⁹⁰*Ibid.*

⁵⁹¹*Ibid.*

⁵⁹²Il demanio idrico per alcune Regioni a Statuto speciale e dei porti lacuali per tutte le Regioni, si veda art 11 della l. 281/70;

c.c., tuttavia, non contiene un elenco tassativo di beni demaniali, anche se la cosiddetta clausola di apertura contenuta nell'ultimo comma del summenzionato articolo non ha comportato un ampliamento della tipologia dei beni demaniali. Ciò proprio in virtù del fatto che vi è stato un progressivo ridimensionamento della presenza pubblica nei diversi settori economico-produttivi.⁵⁹³

In altre parole, al demanio appartengono quei beni pubblici che condividono uno status d'intangibilità della loro destinazione volto sia a preservarli sia a garantirne il libero utilizzo da parte dei consociati.⁵⁹⁴ Come disposto dall'art. 823 c.c., quindi, i beni demaniali possono appartenere solamente agli enti pubblici territoriali, sono inalienabili, possono essere aggiudicati in concessione e sono affidati alla cura e alla tutela di un'autorità amministrativa. Come poi verrà illustrato più dettagliatamente in seguito, il fatto per cui tali beni permangano, tuttora, in una sorta di alveo protetto, risiede proprio nella necessità di garantire il godimento delle utilità che provengono da essi. Se quindi, da un lato vi sono dei beni pubblici sottoposti ad un regime speciale, dall'altro vi è un'utilità strettamente connessa ad essi.

Da tale utilità discende la possibilità per operatori economici privati di ottenere tali beni in concessione. Il servizio che è offerto permette, infatti, un'utilità massimizzata sia per i fruitori del servizio, sia per la generalità dei consociati, sia per la pubblica amministrazione stessa. Tale *ratio* si rinviene anche all'interno dell'art. 37 del

⁵⁹³Cfr., inter alia, E. Castorina, G. Chiara, *Beni Pubblici, Artt. 822-830*, in *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè editore;

⁵⁹⁴Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla Ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

Codice della Navigazione, il quale ha sempre previsto, almeno sulla carta, che, nella scelta del concessionario, si debba preferire quello che possa garantire, oltre all'interesse pubblico, una più proficua utilizzazione del bene.

Nel sistema delle fonti che regolano il demanio marittimo e, quindi, le concessioni demaniali marittime, vi è, come accennato sopra, anche il Codice della Navigazione, il quale prevede, all'art. 28, un elenco integrativo dei beni che appartengono al demanio marittimo: il lido⁵⁹⁵, la spiaggia⁵⁹⁶, i porti, le rade, le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salmastra e salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano con il mare e i canali ad uso pubblico marittimo. E' importante tuttavia ricordare come nemmeno tale elenco sia esaustivo: è sufficiente scorrere il Regolamento esecutivo del Codice della Navigazione o altre leggi speciali per comprendere come compaiano termini quali arenile, litorale, fascia di rispetto costiera, seno, baia, stagno, fondale, piattaforma continentale a indicare che la disciplina del demanio marittimo è frastagliata, sconnessa e disordinata.

Fatta questa premessa generale su quali tipologie rientrino nella definizione di demanio marittimo, occorre comunque precisare che, ai fini del presente lavoro, che si concentra sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa, non rilevano le differenze summenzionate. Infatti, al fine di analizzare le

⁵⁹⁵La parte della riva posta in immediato contatto con le acque e che è compresa tra il massimo ed il minimo spostamento di esse;

⁵⁹⁶Non vi è una definizione precisa valida in assoluto, ma elastica. Fascia costiera strettamente contigua al lido lambita dal mare durante le maree ordinarie e sommersa durante quelle straordinarie. Si differenzia dall'arenile che, al contrario, è quella porzione di territorio generatosi a causa dei movimenti di retrocessione del mare.

problematiche che sottendono, da una prospettiva sovranazionale, all'attuale mancata regolazione dei "beni" in questione, le distinzioni concettuali tra cosa possa qualificarsi come spiaggia, arenile, lido del mare sono poco funzionali.

Occorre, infatti, non perdere di vista il fatto che su tali beni, com'è stato accennato sopra, sono esercitate delle attività economiche qualificabili come servizi. Ed è proprio attraverso tali prestazioni e fruizioni di servizi che il "rispetto dei pubblici usi del mare" è in un certo senso tutelato.⁵⁹⁷ Per questa ragione, ogniqualvolta si faccia riferimento ai "beni demaniali", in questo contesto, è importante andare oltre al termine formale e notare come quegli stessi beni non sarebbero mai aggiudicati in concessione se coloro che vi aspirano non intendessero offrire un servizio.

Se, quindi, come detto sopra, il demanio marittimo in quanto tale affonda le proprie radici in Costituzione, ed è disciplinato dal Codice Civile e dal Codice della Navigazione, nonché dal regolamento esecutivo dello stesso, va ricordato che la disciplina delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa è anch'essa figlia di una stratificazione e di un intreccio normativo che abbraccia fonti di rango costituzionale e fonti legislative generali e speciali da un lato e normativa regionale dall'altro lato.

Per quanto riguarda le norme costituzionali che rilevano nell'ambito del demanio marittimo e della disciplina delle concessioni demaniali marittime, come poi apparirà più chiaro nei prossimi paragrafi, è d'uopo specificare che esse sono contenute all'interno della parte dedicata ai principi fondamentali. L'art. 2 sancisce il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni

⁵⁹⁷ E' proprio tale fine che rende tali beni qualificabili come beni pubblici destinati alla navigazione;

sociali; l'art. 3 sancisce il ben noto principio di eguaglianza. Altre norme rilevanti sono contenute all'interno del Titolo V, come, ad esempio, l'art. 114 che enumera gli enti pubblici territoriali; l'art. 116 che sancisce l'autonomia delle Regioni a Statuto speciale; l'art. 117 che disciplina la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, disponendo che essa debba esercitarsi non solo nel rispetto della Costituzione, ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali.

Come poi sarà messo in luce nel paragrafo dedicato alla giurisprudenza costituzionale, è importante ricordare che tale articolo è stato il parametro di numerosi giudizi di legittimità costituzionale proposti in via principale aventi ad oggetto dispute di natura demaniale. Esso, infatti, se sancisce che lo Stato ha potestà legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza⁵⁹⁸ e di tutela dell'ambiente⁵⁹⁹, dispone che sono materie di legislazione concorrente il turismo e il governo del territorio.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸Cfr. art. 117 Cost. lett e)

⁵⁹⁹Cfr. art. 117 lett s)

⁶⁰⁰Cfr. art. 117 (3) Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà

Risulta altresì essere rilevante l'art. 118, il quale dispone che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, in base al principio di sussidiarietà, non siano conferite a Regioni o Stato. Tali funzioni amministrative possono essere proprie o attribuite con legge statale o regionale.

Tralasciando il Codice Civile, cui si è fatto riferimento sopra, è d'uopo menzionare ulteriormente il Codice della Navigazione, il quale, all'art. 36⁶⁰¹ dispone che compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, l'amministrazione marittima può concedere l'occupazione e l'uso di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo⁶⁰². All'art. 37, invece, che disciplina il "concorso" di più domande di concessione, si dispone che, in caso di più domande, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi della stessa per un uso che risponda maggiormente ad un più rilevante interesse pubblico.

legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

⁶⁰¹L'art. 36 del Codice della Navigazione recita: 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. Le concessioni di durata superiore a quindici anni sono di competenza del ministro dei trasporti e della navigazione. Le concessioni di durata superiore a quattro ma non a quindici anni, e quelle di durata non superiore al quadriennio che importino impianti di difficile sgombero, sono di competenza del direttore marittimo. Le concessioni di durata non superiore al quadriennio, quando non importino impianti di difficile sgombero, sono di competenza del capo di compartimento marittimo.

⁶⁰²Cfr. artt. da 5 a 40 e gli artt. 516 e 518 del Reg. Nav. Mar.

Il d.l. 400/1993, convertito con modificazioni dalla l. 494/93⁶⁰³, è poi successivamente intervenuto prevedendo l'introduzione del diritto d'insistenza, ossia il diritto in capo al concessionario uscente di essere preferito in sede di rinnovo della concessione rispetto a qualsiasi altro concorrente potenziale. Il d.l.194/09, convertito con modificazioni nella l. 25/10⁶⁰⁴, superava, poi, proprio in virtù della summenzionata procedura d'infrazione, la previsione della preferenza accordata al concessionario uscente.

Per restare sempre nell'ambito del Codice della Navigazione, è opportuno altresì segnalare l'art. 42⁶⁰⁵, che disciplina la revoca e, altresì, stabilisce al secondo comma che le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile

⁶⁰³Cfr. art. 2 dello stesso

⁶⁰⁴Cfr. art. 1 dello stesso

⁶⁰⁵ L'art. 42 del Codice della Navigazione recita: Le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero sono revocabili in tutto o in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Le concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. La revoca non dà diritto a indennizzo. Nel caso di revoca parziale si fa luogo ad un'adeguata riduzione del canone, salva la facoltà prevista dal primo comma dell'articolo 44. Nelle concessioni che hanno dato luogo a una costruzione di opere stabili l'amministrazione marittima, salvo che non sia diversamente stabilito, è tenuta a corrispondere un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato. In ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti".

sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di interesse pubblico. L'amministrazione marittima gode, comunque, di un forte giudizio discrezionale. Ai sensi del presente articolo, inoltre, è previsto che la revoca non dia diritto ad alcun indennizzo. Tuttavia, per le concessioni che hanno dato luogo a costruzione di opere stabili, l'amministrazione deve versare un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato. L'indennizzo non può comunque essere superiore al valore delle opere al momento della revoca detratto degli ammortamenti.

L'art. 45-bis, invece, introdotto dal d.l. 400/93, convertito con modificazioni dalla l. 494/93⁶⁰⁶, così come modificato dalla l. 88/01⁶⁰⁷, dispone che il concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione, oltre che la gestione di attività secondarie⁶⁰⁸. Ben più delicato, come poi si avrà modo di vedere, risulta essere l'attuale art. 46 che disciplina il subingresso nella concessione qualora il concessionario intenda sostituire altri nel godimento della concessione⁶⁰⁹. In questo caso è richiesta l'autorizzazione

⁶⁰⁶ Art.2, comma II

⁶⁰⁷ Art. 10, comma II

⁶⁰⁸ L'art. 45-bis recita: "Il concessionario, in casi eccezionali e per periodi determinati, previa autorizzazione dell' autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività secondarie nell' ambito della concessione".

⁶⁰⁹ L'art. 46 recita: "Quando il concessionario intende sostituire altri nel godimento della concessione deve chiedere l'autorizzazione dell' autorità concedente. In caso di vendita o di esecuzione forzata, l' acquirente o l' aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l' autorizzazione dell'

dell'autorità concedente. A conferma di ciò, il secondo comma afferma che in caso di vendita o di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità medesima. Assai interessante risulta il terzo comma del presente articolo, il quale dichiara che, in caso di morte del concessionario, gli eredi subentrano nel godimento della concessione dovendone però chiedere conferma all'autorità entro sei mesi.

L'art. 47 disciplina la decadenza dalla concessione per mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione o per mancato inizio della gestione della stessa nei termini assegnati; per un uso non continuato o per cattivo uso; per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata fatta la concessione; per omesso pagamento del canone; per abusiva sostituzione di altri nel godimento della stessa; per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione.⁶¹⁰

autorità concedente.

In caso di morte del concessionario gli eredi subentrano nel godimento della concessione, ma devono chiederne la conferma entro sei mesi, sotto pena di decadenza. Se, per ragioni attinenti all' idoneità tecnica od economica degli eredi, l' amministrazione non ritiene opportuno confermare la concessione, si applicano le norme relative alla revoca”.

⁶¹⁰L'art. 47 recita: L' amministrazione può dichiarare la decadenza del concessionario:

- (a) per mancata esecuzione delle opere prescritte nell' atto di concessione, o per mancato inizio della gestione, nei termini assegnati;
- (b) per Non uso continuato durante il periodo fissato a questo effetto nell' atto di concessione, o per cattivo uso;
- (c) per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata fatta la concessione;
- (d) per omesso pagamento del canone per il numero di rate fissato a questo effetto dall' atto di concessione;
- (e) per abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione;

Interessante, sempre per i motivi che si vedranno successivamente, è anche l'attuale art. 49, che disciplina la devoluzione di opere non amovibili. Infatti, salva diversa disposizione nell'atto di concessione, le opere non amovibili che sono state costruite sul bene demaniale, una volta terminata la concessione, restano acquisite allo Stato. Quest'ultimo, tuttavia, non deve alcun compenso o rimborso. L'autorità concedente ha però facoltà di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene nel pristino stato.

Delineati i tratti salienti della normativa costituzionale e legislativo-ordinaria che gioca un ruolo di primo piano nella regolazione del demanio marittimo e delle concessioni di servizi, occorre introdurre, all'interno della presente analisi, un'altra variabile assai importante, la quale, peraltro, risultava già visibile dalla lettera dell'art. 117 della Costituzione: il progressivo e inesorabile decentramento della materia del demanio marittimo, prima attraverso un conferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni, poi da quest'ultime ai Comuni; e inoltre, da ultimo, con l'entrata in vigore del c.d. federalismo demaniale. Nel periodo che ha caratterizzato questo processo devolutivo, è intervenuta una copiosa attività legislativa da parte del legislatore statale e, di conseguenza, dei legislatori regionali. Di tali fonti del diritto si parlerà approfonditamente in seguito.

(f) per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione, o imposti da norme di leggi o di regolamenti. Nel caso di cui alle lettere a) e b) l'amministrazione può accordare una proroga al concessionario. Prima di dichiarare la decadenza, l'amministrazione fissa un termine entro il quale l'interessato può presentare le sue deduzioni. Al concessionario decaduto non spetta alcun rimborso per opere eseguite né per spese sostenute.

Il primo passaggio normativo in questo senso è rappresentato dal d.PR 616/77⁶¹¹ in attuazione della delega di cui alla l. 382/75⁶¹², nella quale già era statuito che il Governo avrebbe dovuto devolvere le funzioni amministrative necessarie per rendere possibile l'esercizio organico da parte delle Regioni delle funzioni trasferite o delegate.⁶¹³ A livello normativo, lo spartiacque tra un modello piramidale a un modello equi-ordinato delle relazioni tra amministrazione centrale e locale è segnato proprio dalla norma ivi richiamata, la quale introduce il principio di collaborazione con il fine di raggiungere un coordinamento tra i diversi centri amministrativi.

Il dPR 616/77, infatti, altro non fece che disporre un trasferimento regionale per settori organici di materie, o, ancora più precisamente, per funzioni che, come enucleato dalla legge delega, sono individuate secondo dei "criteri oggettivi desumibili dal pieno significato oggettivo che esse hanno e dalla più stretta connessione esistente tra le funzioni affini, strumentali e complementari". Sono quattro i settori in cui il dPR summenzionato interviene: ordinamento e organizzazione amministrativa⁶¹⁴, servizi sociali⁶¹⁵, sviluppo economico⁶¹⁶, assetto e utilizzazione del territorio⁶¹⁷. Per quanto

⁶¹¹Esso in realtà completa l'opera già iniziata con i decreti delegati del 1972 in attuazione proprio degli art. 117 e 118 della Costituzione;

⁶¹²Legge 22 luglio 1975, n. 382, Norme sull'ordinamento regionale della pubblica amministrazione, GURI del 20.8.1975, n. 220;

⁶¹³Cfr. art. 1 lett c)

⁶¹⁴Titolo II

⁶¹⁵Titolo III

⁶¹⁶Titolo IV

⁶¹⁷Titolo V

riguarda l'ambito demaniale, rilevano in particolar modo alcune disposizioni contenute negli ultimi due settori: turismo e industria alberghiera, agricoltura e foreste, urbanistica, viabilità, acquedotti e lavori pubblici d'interesse regionale.

Come ricordato dalla dottrina⁶¹⁸, il DPR 616/77 ebbe il merito di rafforzare le funzioni regionali in materia. Esso, infatti, attribuisce alle Regioni la delega del complesso delle funzioni amministrative sul litorale marittimo e sulle aree demaniali direttamente prospicienti⁶¹⁹, sulle aree del demanio lacuale e fluviale ogniqualvolta l'utilizzazione delle stesse abbia una finalità turistico-ricreativa. La delega esclude, esplicitamente, le funzioni esercitate da organi dello Stato in materia di navigazione marittima, sicurezza nazionale e polizia doganale. Tuttavia, è importante precisare come restino di competenza statale anche le funzioni legate alla proprietà demaniale dei beni demaniali: ampliamento o riduzione del demanio marittimo, la sua tutela dominicale, determinazione e riscossione dei canoni. D'altro canto, è importante ricordare che tale delega non si applica comunque ai porti e alle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima. Veniva poi stipulato che l'individuazione delle aree summenzionate venisse effettuata entro il 31 dicembre 1978 con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri della Difesa, Marina Mercantile e Finanze, sentite le Regioni interessate.

⁶¹⁸Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla Ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁶¹⁹ Tuttavia va detto che né il Codice della Navigazione né il Codice Civile fanno riferimento alla nozione di litorale marittimo.

E' facile immaginare come il termine di cui sopra non sia stato rispettato. Ne conseguì che si dovette attendere fino al 1995 per vedere le previsioni risalenti al 1977 pienamente operanti. Le funzioni che furono delegate alle Regioni comprendevano, quindi, le utilizzazioni aventi natura turistico-ricreativa, come, tra l'altro, venne confermato dalla l. 494/93 in cui sono enumerate, quali attività turistico-balneari: gestione di stabilimenti balneari, esercizi di ristorazione, somministrazione di bevande e generi di monopolio, noleggio di imbarcazioni e natanti, gestione di attività ricettive, ricreative e sportive, esercizi commerciali e servizi di altra natura.

Con il preciso fine di rendere meno traumatico il passaggio delle deleghe in capo alle Regioni, venne emanato il d.l. 559/95⁶²⁰ con lo scopo di permettere a quest'ultime di avvalersi dell'esperienza delle Capitanerie di Porto. La legge 647/96 introdurrà poi la possibilità di stipulare delle apposte convenzioni tra Regioni e Ministero dei Trasporti e della Navigazione per consentire alle Capitanerie di Porto di esercitare le funzioni in relazione funzionale con l'amministrazione regionale. Tuttavia, nonostante il decentramento delle funzioni da Stato a Regioni fosse già in atto, queste ultime si mostrarono sin da subito desiderose di sub-delegare le funzioni ricevute ai propri Comuni. La discordanza dei soggetti coinvolti nelle summenzionate convenzioni veniva poi superata grazie ai vari piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo⁶²¹, con

⁶²⁰Decreto legge interventi in materia di demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo.

⁶²¹Cfr. art. 6 della l. 494/93.

i quali era possibile raggiungere una vera e propria intesa preliminare tra Regione, Autorità marittima, Comuni e associazioni di categoria⁶²².

Il lento ma inesorabile processo devolutivo iniziato dapprima nel 1972 e poi giunto ad un punto di non ritorno nel 1977 arrivò a perfezionarsi con la legge 59/97, meglio conosciuta come legge “Bassanini”⁶²³, la quale, declinando il principio di sussidiarietà che poi troverà spazio all’interno della riforma costituzionale del 2001, aprì le porte ad una sorta di federalismo amministrativo senza tuttavia intaccare la Costituzione⁶²⁴. Se da un lato la tendenza della legge “Bassanini” era quella di avvicinare i compiti e i poteri amministrativi ai luoghi interessati, dall’altro lato si intendeva salvaguardare il principio di unità e indivisibilità della repubblica⁶²⁵. Il testo normativo parla di “conferimento”⁶²⁶ intendendo trasferimento, delega o attribuzione di funzioni e compiti fatta eccezione per quelli che sono espressamente riservati allo Stato. I criteri determinanti per il conferimento di competenze a Regioni o enti locali furono sostanzialmente due: funzionalità e territorialità, sempre nel rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza, efficienza.

⁶²² Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla Ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁶²³ Legge 15 marzo 1997, n. 59, “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa, GURI n. 63 del 17 marzo 1997

⁶²⁴ Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla Ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Art 1, comma I

Rilevante ai fini della disciplina della disciplina del demanio marittimo e, quindi, dei servizi ad esso legati, risultò essere il d.lgs. 112/98⁶²⁷, recante il conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali in attuazione della legge 59/97. A differenza del DPR 616/77, che prevedeva una competenza amministrativa regionale di tipo qualitativo, in quanto vi era un esplicito riferimento al fatto che le attività svolte dovessero avere finalità turistico-ricreativa, il d.lgs 112/98 prevedeva un conferimento di funzioni a carattere generale, avente ad oggetto l'intera materia concessoria sul demanio marittimo e sul mare territoriale. Il decentramento amministrativo contenuto nell'atto avente forza di legge summenzionato racchiudeva tutte le funzioni relative al rilascio di concessioni sui beni demaniali marittimi salve le esplicite esclusioni in materia di porti, aree di cui al dPC del 1995 ed a quelle connesse all'approvvigionamento energetico e le competenze statali in materia di navigazione marittima, sicurezza nazionale e polizia doganale. Ciò detto, occorre altresì ricordare che allo Stato spettano, in virtù del rapporto di delega, il potere di indirizzo e di coordinamento e la titolarità dominicale dei beni demaniali. Il d.lgs 96/99⁶²⁸ affidò ai Comuni le funzioni amministrative fino a che le Regioni non avessero provveduto, con legge regionale, al riparto delle stesse tra sé ed enti locali.

⁶²⁷Decreto attuativo della legge Bassanini

⁶²⁸Decreto legislativo 30 marzo 1999, n. 96, Intervento sostitutivo del Governo per la ripartizione di funzioni amministrative tra regioni ed enti locali a norma dell'art. 4, comma V, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni, GURI, n. 90 del 19.4.1999, Art. 42.

La legge costituzionale 3/2001⁶²⁹ rappresentò il culmine di quel processo di riforma dell'ordinamento costituzionale ed amministrativo già cominciato con la legge "Bassanini". Essa, infatti, agì sul Titolo V della Costituzione, in modo specifico sul riparto di competenze tra Stato e Regioni. E' d'uopo richiamare il fatto per cui gli artt. 117 e 118 della Costituzione, nella loro forma antecedente alla riforma costituzionale, prevedevano un elenco di settori d'intervento per le funzioni amministrative regionali, come ad esempio il turismo, che potevano essere attribuite ai Comuni o ad altri enti locali.

La riforma costituzionale del 2001, invece, invertì lo schema contenuto nelle disposizioni di cui sopra, statuendo, per quanto riguardava l'art. 117, ad esempio, che fosse attribuita alle Regioni tutta la potestà legislativa che residuava da quella indicata come potestà legislativa statale. Gli elenchi riguardano, quindi, le materie di competenza statale, sia essa esclusiva o di principio, mentre alle Regioni sono affidate le competenze concorrenti e residuali, anche se, va detto che le competenze statali sono trasversali, pensate cioè in modo tale che possano interagire con quelle regionali, siano esse esclusive o concorrenti.

Per quanto attiene all'art. 118, invece, oltre ad essere riproposti i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, è disposto che le funzioni amministrative siano affidate ai Comuni, salvo che siano conferite a Regioni o Stato per assicurarne l'esercizio unitario. Naturalmente, l'art. 118 può funzionare anche in senso inverso, ossia può far scattare una c.d. chiamata in sussidiarietà riallocando la funzione

⁶²⁹ Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, GURI, n. 248 del 24 ottobre 2001

amministrativa in questione ogniqualevolta ricorrano istanze di tipo unitario. Esso costituisce, quindi, una sorta di clausola di supremazia idonea a controbilanciare gli effetti devolutivi aventi carattere discendente, non solo in materia di funzioni amministrative, ma anche in materia di competenze legislative. Ne consegue che nelle materie trasversali, quali, ad esempio, la concorrenza e nelle ipotesi di chiamata in sussidiarietà allo Stato di funzioni regionali sussisterebbe ancora la funzione di indirizzo e coordinamento, che, comunque, sarebbe venuta meno nelle materie riservate alla potestà legislativa residuale o concorrente.⁶³⁰

E' altresì importante sottolineare come, sia per quanto riguarda la potestà legislativa regionale, sia per quanto riguarda le funzioni amministrative che sono già state attribuite a Regioni o enti locali, possa verificarsi che, nelle ipotesi di cui agli art. 117 comma 5 e 120, qualora le Regioni, per inerzia o inadeguatezza, non adempiano agli obblighi derivanti dal diritto europeo o dagli accordi internazionali, ci sia una sottrazione di poteri a favore dello Stato. A rigor di precisione, tuttavia, va detto che il settore dei beni demaniali marittimi non compare all'interno dell'elenco di cui all'art. 117 Cost., ad eccezione della competenza esclusiva in materia di concorrenza e ambiente in capo allo Stato e di quella concorrente in materia di porti e grandi infrastrutture di trasporto.

Le funzioni amministrative in materia di demanio marittimo per uso turistico-ricreativo, com'è già stato evidenziato sopra, appartengono alle regioni interessate, le quali, peraltro, hanno delegato a loro volta ai Comuni interessati salvo per quanto riguarda le aree identificate dal dPC 1995, proprio perché di preminente interesse

⁶³⁰Art 8, comma VI, legge 131/03

nazionale e per quanto riguarda il territorio compreso nella circoscrizione di un'Autorità portuale. Le funzioni relative al rilascio di concessioni di beni demaniali marittimi e di zone del mare territoriale è invece conferita ai Comuni salvo che si tratti di concessioni finalizzate all'approvvigionamento di energia riservate allo Stato, siano esse nelle aree demaniali marittime o nel mare territoriale, di concessioni nei porti di rilevanza economica nazionale o internazionale e nelle aree d'interesse nazionale individuate nel dPC 1995 riservate allo Stato, o, infine, di concessioni per qualsiasi finalità nei porti e nelle aree comprese nella circoscrizione di un'Autorità portuale.

Le funzioni in merito alle strutture dedicate alla nautica da diporto, invece, come, ad esempio, porti turistici, approdi turistici e punti di ormeggio appartengono all'Autorità portuale se la struttura in questione ricade all'interno di una circoscrizione d'Autorità portuale, allo Stato se si tratta di porti di rilevanza economica internazionale o nazionale, ai Comuni in qualsiasi altra ipotesi.⁶³¹ La disciplina delle infrastrutture dedicate alla nautica da diporto ricadenti su aree demaniali è contenuta all'interno del dPR 509/97⁶³² in attuazione dell'art. 20, comma VIII della legge 59/97.⁶³³ Vi sarebbero,

⁶³¹Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla Ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁶³²Decreto del Presidente della Repubblica 2 dicembre 1997, n. 509, Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma (, della legge 15 marzo 1997/59, GURI n. 40 del 18.2.1998;

⁶³³Legge 15 marzo 1997, n. 59, Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, GURI n. 63 del 17 marzo 1997;

pertanto, tre tipologie di strutture: il porto turistico⁶³⁴, l'approdo turistico⁶³⁵ e i punti di ormeggio.⁶³⁶

Nel 2011, il legislatore statale è tornato a disciplinare la materia delle strutture dedicate alla nautica da diporto. In primo luogo va menzionato l'art. 31 del d.lgs. 79/11⁶³⁷, recante il Codice del Turismo, che ha introdotto una deroga all'art. 10 l. 765/67 che aveva disposto che lo ius aedificandi di opere private su aree demaniali fosse subordinato a rilascio di una concessione edilizia. Con la novella del 2011, pertanto, è stato disposto che i punti di ormeggio possano essere realizzati senza un titolo abilitativo edilizio e demaniale laddove sia già stata rilasciata concessione demaniale marittima.⁶³⁸ Con il d.l. 70/11⁶³⁹, convertito in legge 106/11⁶⁴⁰, sono state

⁶³⁴Complesso di strutture amovibili ed inamovibili realizzate con opere a terra e a mare allo scopo di servire unicamente o precipuamente la nautica da diporto ed il diportista nautico;

⁶³⁵Porzione di porti polifunzionali destinata a servire la nautica da diporto ed il diportista nautico anche mediante servizi complementari

⁶³⁶Aree demaniali marittime e gli specchio acquei dotate di strutture che non importino impianti di difficile rimozione destinati all'ormeggio, alaggio, varo e rimessaggio di piccole imbarcazioni e natanti da diporto;

⁶³⁷ Decreto Legislativo 23 maggio 2011, n. 79, Codice della Normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonce attuazione della direttiva 2008/122/CE relative ai contratti di multiproprietà, contratti relative ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio, GURI n. 129 del 6.6.2011, suppl. 139.

⁶³⁸ Rischio di incostituzionalità per violazione art. 76 perché il codice del turismo dà attuazione alla direttiva 2008/122/CE e nella legge delega vi era menzionato solo la facoltà da parte del governo di compilare testi unici o codici meramente ricognitivi. Tuttavia sent corte cost 80/2012 non si è espresso sul

previste due disposizioni volte ad incentivare la realizzazione di porti e approdi turistici e razionalizzare il procedimento di rilascio delle relative concessioni demaniali marittime⁶⁴¹.

La prima delle due finalità è stata prevista attraverso il fatto che nella predisposizione del piano regolatore portuale dovrà essere valutata con priorità la possibilità di convertire strutture o ambiti dell'area portuale in approdi turistici. Due, pertanto, sembrano essere i presupposti: che le strutture o gli ambiti portuali siano idonei allo scopo di accogliere strutture dedicate alla nautica da diporto e che siano sottoutilizzati o che non sia possibile destinarli a finalità d'interesse pubblico.

La seconda delle due finalità, ossia la razionalizzazione del procedimento di rilascio delle concessioni demaniali marittime finalizzate alle strutture dedicate alla nautica da diporto, è perseguita attraverso una vera e propria delega per l'emanazione di un'intesa sancita in sede di conferenza Stato-Regioni.⁶⁴² La peculiarità di tale intese è che il perfezionamento debba avvenire con l'assenso del Governo e dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e di Bolzano non essendo ammesso né che il Governo provveda con deliberazione motivata del Consiglio dei Ministri quando

punto proprio perché le regioni non formularono censure contro il summenzionato art. 31; rischi di costituzionalità con art 117

⁶³⁹ Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70; semestre europeo, prime disposizioni urgenti per l'economia, GURI n. 110 del 13.5.2011;

⁶⁴⁰ Legge 12 luglio 2011, n. 106; conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70,

⁶⁴¹ Art. 3 d.l. 70/11 convertito in legge 106/11

⁶⁴² Art. 3 comma VIII dl 70/2011, ai sensi dell'art. 8 comma VI

non sia raggiunta un'intesa entro 30 giorni dalla seduta in cui l'oggetto di essa è stata posta all'ordine del giorno, né che il Governo agisca con deliberazione del Consiglio dei Ministri in caso di motivata urgenza senza la preventiva intesa. Essa dovrà connotarsi per il rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti. Questi principi sono altresì contenuti all'interno della legge 217/11 (legge comunitaria 2010).⁶⁴³

Nonostante la riforma costituzionale del 2001 abbia segnato un punto di non ritorno in materia di decentramento non solo amministrativo, ma anche legislativo, e nonostante il d.lgs 112/98 abbia riassegnato le competenze amministrative senza mutare la titolarità dei beni demaniali, il quadro normativo risulterebbe incompleto se non si facesse menzione del c.d. federalismo demaniale. La legge delega 42/09⁶⁴⁴, infatti, recante delega al Governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'art. 119 della Costituzione, ha comportato l'adozione del d.lgs 85/10⁶⁴⁵, recante attribuzioni a Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni di un proprio patrimonio in attuazione dell'art. 19 della legge 42/09. In altre parole, i beni appartenenti al demanio marittimo sono stati attribuiti alle Regioni. Tuttavia, è importante sottolineare come i procedimenti amministrativi volti al trasferimento di tali beni devono ancora intervenire.

⁶⁴³ Art 2, comma II

⁶⁴⁴ Legge 5 maggio 2009, n. 42, delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, GURI 103 del 6.5. 2009;

⁶⁴⁵ Decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85 attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42, GURI n. 134 dell' 11.6.2010;

Il legislatore delegante dispose, quindi, che i decreti legislativi attuativi della delega non avrebbero dovuto provvedere ad attribuzioni patrimoniali, ma, attraverso principi generali, disciplinare l'attribuzione a Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni di un proprio patrimonio nel rispetto dei criteri di cui all'art. 19: attribuzione a titolo non oneroso ad ogni livello di governo di distinte tipologie di beni commisurate e alle dimensioni territoriali e alle capacità finanziarie e alle competenze e funzioni effettivamente svolte; attribuzione dei beni immobili sulla base del criterio di territorialità; ricorso alla concertazione in sede di Conferenza Unificata ai fini dell'attribuzione; individuazione dei beni di rilevanza nazionale che non possono essere trasferiti.

Per quanto riguarda i decreti legislativi attuativi del federalismo demaniale, va specificato che l'art. 2 della legge 42/09 aveva delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi attuativi dell'art. 119 Cost. entro il 21 maggio 2011. La procedura di adozione dei decreti attuativi deve prendere avvio da uno schema di decreto proposto congiuntamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, dal Ministro per le Riforme per il Federalismo, dal Ministro per la semplificazione normativa, dal Ministro per i rapporti con le regioni e dal Ministro per le politiche europee. Detta proposta di decreto deve altresì essere concertata con il Ministro dell'Interno, il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e con gli altri Ministri di volta in volta competenti nelle materie oggetto di ciascun decreto attuativo. L'art. 4 della legge summenzionata prevede, inoltre, l'istituzione di una commissione tecnica composta da rappresentanti dello Stato, delle Regioni, delle Autonomie locali e delle Camere.

Come disposto dall'art. 2, comma III, inoltre, gli schemi di decreto legislativo devono essere sottoposti a Conferenza Unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 281/97 per raggiungere l'intesa ai sensi del procedimento ordinario ai sensi degli articoli 3, comma III e 9, comma IV. Entro trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza Unificata l'intesa sullo schema di decreto si sarebbe dovuta sancire. In difetto d'intesa⁶⁴⁶, il Consiglio dei Ministri provvede mediante una deliberazione di approvazione di una relazione illustrativa da trasmettere alle Camere.

Lo schema di decreto attuativo dell'art. 19 della legge 42/09 venne approvato in Consiglio dei Ministri e venne trasmesso in Conferenza Unificata, che, comunque, non ebbe mai luogo, e venne quindi sottoposto alla Conferenza Stato-Città ed autonomie locali. Lo schema di decreto fu poi trasmesso al Parlamento insieme ad una relazione tecnica sugli effetti economico-finanziari. Entro sessanta giorni dalla trasmissione dello stesso, si sarebbe dovuta esprimere un'apposita commissione bicamerale insieme alle commissioni parlamentari competenti. Se, comunque, entro il dato termine, non ci fosse stato parere favorevole o nessun parere, il Governo avrebbe dovuto trasmettere lo schema di decreto al Parlamento rendendo comunicazioni davanti alle Camere. Dopo altri trenta giorni avrebbe potuto essere adottato dal Governo, il quale, a sua volta, avrebbe potuto discostarsi dall'intesa sancita in Conferenza Unificata dovendo però trasmettere, in tal caso, una relazione motivata sulle ragioni della difformità.

Per quanto riguarda i beni trasferiti dallo Stato alle Regioni e enti locali, va detto che il Governo, nel d.lgs 85/10, ne individuò cinque tipologie trasferibili alle Regioni, tra i quali spiccano: i beni appartenenti al demanio marittimo, quelli appartenenti al

⁶⁴⁶Art 2, comma III della legge 42/09 e art 3, comma III del d.lgs 281/97;

demanio idrico, quelli appartenenti al demanio aeronautico, le miniere e gli altri beni dello Stato, escludendo, tra le altre cose, i porti e gli aeroporti di rilevanza economica nazionale e internazionale, come, ad esempio i porti sede di autorità Portuali, reti stradali, ferroviarie e energetiche.

Nell'attuare la legge delega 42/09 è stato previsto che i beni del demanio marittimo siano attribuiti ope legis alle Regioni o alle Province in base ad un criterio di tipo territoriale predeterminato dal legislatore delegato. Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri spetta, comunque, il potere di individuare attraverso decreti i beni da trasferire. Il d.lgs 85/10 dispone che entro centottanta giorni dall'entrata in vigore del medesimo decreto vengano adottati uno o più decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri con cui si trasferiscano, alle Regioni, i beni del demanio marittimo e di quello idrico⁶⁴⁷ e, alle Province, i beni del demanio idrico limitatamente ai laghi chiusi privi di emissari di superficie che insistono sul territorio di una sola Provincia nonché miniere e siti di stoccaggio di gas naturale.

I decreti della presidenza del Consiglio vengono adottati su proposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro per le riforme per il federalismo, con il Ministro per i rapporti con le Regioni e con altri Ministri competenti in materia, ma, e questo è importante ricordarlo, senza il parere della Conferenza Unificata Stato Regioni. Inoltre, è altresì importante porre l'accento sul fatto che, com'è stato detto sopra, il trasferimento ope legis indipendentemente da una manifestazione d'interesse da parte delle Regioni. Non è previsto, inoltre, che vengano esperite le formalità di cui all'art. 3, comma III, del d.lgs. 85/10. Spetta,

⁶⁴⁷ Art. 5 comma I lett b d.lgs 85/10

quindi, allo stesso legislatore delegato compiere le valutazioni di cui agli artt. 1 e 2 d.lgs 85/10 per quanto riguarda l'adeguatezza e la meritevolezza dei trasferimenti. L'effetto è, comunque, parimenti conseguito dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri con cui i beni in questione sono individuati.

E' altresì importante ricordare che una volta trasferiti, beni come miniere⁶⁴⁸, che non comprendono giacimenti petroliferi e di gas e le relative pertinenze, nonché i siti di stoccaggio di gas naturale e le relative pertinenze, quelli appartenenti al demanio marittimo, idrico e aeroportuale, che restano assoggettati al Codice Civile, al Codice della Navigazione, alle leggi regionali e statali e alle norme europee di settore, con particolare riguardo alla tutela della concorrenza⁶⁴⁹, non entrano a far parte del patrimonio disponibile degli enti conferitari. Il trasferimento ha luogo nello stato di fatto e di diritto in cui i beni si trovano, con contestuale immissione di ciascuna Regione ed ente locale nel possesso giuridico e subentro in tutti i rapporti attivi e passivi relativi ai beni trasferiti, fermi restando i limiti derivanti dai vincoli storici, artistici e ambientali.⁶⁵⁰

Ne consegue che lo status dei beni demaniali non muta con il trasferimento alle Regioni, le quali, comunque, non sarebbero in potere di mutare il regime degli stessi proprio perché gli aspetti dominicali dei beni appartenenti al demanio rientrano nella

⁶⁴⁸ Art. 5, comma I, lettera d

⁶⁴⁹ Art 4 comma I

⁶⁵⁰ Art 4 comma II

materia dell'ordinamento civile, la quale, a sua volta, è riservata allo Stato⁶⁵¹. Di rilevanza appare anche il fatto che sui beni che restano assoggettati al regime demaniale non potranno essere costituiti diritti di superficie.⁶⁵²

Secondo certa dottrina⁶⁵³, inoltre, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, transiterebbero alle Regioni le funzioni tipicamente inerenti alla signoria del bene demaniale e cioè l'ampliamento e la riduzione del demanio marittimo, l'esercizio di rimedi di tutela dello stesso, determinazione e riscossione dei canoni di concessione, fermo restando che la disciplina normativa degli aspetti dominicali resta riservata alla legge dello Stato visto che essa rientra nella materia dell'ordinamento civile⁶⁵⁴.

3.1.3. La Normativa Regionale

a) La normativa della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia

E' indiscusso che il caso forse più interessante tra le varie normative regionali italiane sia quello del Friuli Venezia Giulia. Tale Regione ha, infatti, adottato una normativa⁶⁵⁵ dettagliata che non a torto può essere considerata la legislazione regionale

⁶⁵¹Art 117, comma II lett I; Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁶⁵²Art 4 comma I

⁶⁵³Cfr. A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli, *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla ricerca di una difficile sintesi*, op. cit.

⁶⁵⁴Corte Cost 370/08 e 235/11

⁶⁵⁵Legge 22/06.

“apripista” di una possibile legislazione statale di riordino dell’intera materia. Essa, infatti, presenta delle caratteristiche importanti per quanto attiene, ad esempio, il processo selettivo dei candidati, proprio in virtù al fatto che prevede un sistema di punteggi assegnato ai vari criteri e un obbligo di pubblicità. La legge 22/06 appare, quindi, come il testo legislativo che, tra le Regioni italiane, meglio si sia adattato, in linea di principio, alla direttiva 2006/123/CE. Tuttavia, occorre non dimenticare che la legge in questione è stata oggetto della procedura d’infrazione di cui sopra proprio per la non compatibilità dell’art. 9, comma IV⁶⁵⁶ con l’art. 49 TFUE.

La legge regionale 22/06, approvata dal Consiglio Regionale del Friuli-Venezia Giulia a modifica della legge regionale 16/02, disciplina l’esercizio delle funzioni amministrative in materia di beni appartenenti al demanio marittimo avente finalità turistico-ricreativa trasferite dallo Stato alla Regione in attuazione del dPR 469/87, nel rispetto dei principi di adeguatezza e sussidiarietà, in relazione all’attribuzione delle funzioni, nonché dei principi di trasparenza, non discriminazione, pubblicità e concorrenza con riferimento alle procedure di concessione.⁶⁵⁷ La legge in questione non si applica alle funzioni amministrative relative alle concessioni del demanio marittimo facenti parte della laguna di Grado e Marano di cui al d.lgs. 265/01.

La normativa prevede⁶⁵⁸, altresì, l’adozione di un Piano di Utilizzazione delle aree del demanio marittimo avente finalità turistico-ricreativa, ai sensi di quanto

⁶⁵⁶ Esso prevedeva alla lettera g) tra i criteri di selezione dei candidati quello di trovarsi nella situazione di priorità indicata dall’art. 37, comma II, del Codice della Navigazione;

⁶⁵⁷ Art 1 comma I

⁶⁵⁸ Art. 2

stabilito nel d.l. 400/93 convertito, con modifiche, nella legge 494/93. Tale Piano di Utilizzazione ⁶⁵⁹ disciplina le procedure di rilascio delle concessioni e delle autorizzazioni, le attività di valutazione, le forme di pubblicità, di informazione e di conoscibilità dei procedimenti per l'affidamento di concessioni di rilevante interesse economico. Esso deve altresì conformarsi ai criteri di omogeneità delle procedure, semplificazione, accorpamento e accelerazione delle procedure concessorie e autorizzatorie, programmazione efficace, collaborazione tra Regione, Amministrazioni dello Stato e gli Enti locali.

All'art. 3 è previsto che l'amministrazione regionale predisponga la proposta del Piano di Utilizzazione relativa ai beni demaniali aventi finalità turistico-ricreativa. Il Piano deve contenere: criteri e direttive generali per l'esercizio delle funzioni amministrative, prescrizioni da osservarsi nella gestione del demanio marittimo e per la realizzazione delle opere, disposizioni volte a garantire la tutela paesaggistica e lo sviluppo eco-sostenibile del demanio marittimo, l'individuazione delle aree per le quali si prevedono interventi di infrastrutturazione, come quelle destinate ad enti e associazioni senza finalità di lucro, la definizione dello standard qualitativo e quantitativo dei servizi, disposizioni per il rilascio e per il rinnovo delle concessioni demaniali marittime, criteri e modalità e divieti di affidamento a terzi delle attività della concessione o del subentro nella medesima. Deputata all'adozione del Piano in questione è la Giunta Regionale, dopo aver sentito l'Autorità Marittima, gli Enti Locali e le Amministrazioni statali interessati, oltre alle associazioni regionali di categoria.

⁶⁵⁹In conformità con i principi generali di cui all'art 1 della presente legge e dell'art. 1 della legge regionale 7/00.

L'art. 4 della legge disciplina il ruolo dei Comuni e delle loro funzioni amministrative: essi, infatti, provvedono al rilascio di concessioni e di autorizzazioni, sempre nel rispetto del summenzionato Piano di Utilizzazione, salvo che non siano di interesse regionale; attendono alla manutenzione ordinaria dei beni del demanio marittimo, alla pulizia delle spiagge non concesse, alla raccolta e alla gestione dei rifiuti spiaggiati nelle aree in concessione, e questo in caso di inerzia dei concessionari e con facoltà di rivalsa nei loro confronti; esercitano funzioni di vigilanza sull'utilizzo delle aree in questione, e comunicano alla Regione tutte le informazioni necessarie per l'organizzazione e l'aggiornamento del Catasto Regionale del Demanio.

L'art. 5, invece, contiene le competenze della Regione. Essa, pertanto, esercita funzioni in materia di pianificazione di settore, attività d'indirizzo, classificazione dei beni del demanio marittimo in base alla loro valenza turistica, provvedendo, tra le altre cose, al rilascio di concessioni ultrasessennali, alla classificazione delle aree demaniali marittime, delle pertinenze e degli specchi acquei in base alla valenza turistica.

Per quanto attiene, invece, ai criteri di selezione del concessionario, l'art. 7 dispone che è richiesta l'idoneità tecnico-professionale, soddisfatta dalla presenza delle professionalità richieste per l'espletamento delle attività correlate alla concessione, a loro volta attestate dall'elenco di attività precedentemente svolte, che devono essere pertinenti a quelle oggetto della concessione; idoneità organizzativa, soddisfatta dall'adeguatezza dell'organico, delle attrezzature tecniche, materiali e strumentali; idoneità economico-finanziaria, soddisfatta da idonee dichiarazioni bancarie, bilanci o estratti di bilanci, fatturato globale o fatturato relativo ad attività similari a quelle della

concessione. All'art. 9, invece, sono disciplinate le procedure di affidamento in concessione, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza.

L'avviso con cui l'amministrazione concedente comunica l'intendimento di affidare in concessione un'area demaniale marittima è pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione e sull'Albo pretorio del Comune, invitando i candidati a presentare entro un termine compreso tra i venti e i novanta giorni la miglior offerta. Qualora, comunque, vi siano più istanze, verrà preferito il concorrente che sarà in grado di fornire l'offerta più vantaggiosa nell'utilizzazione della concessione sulla base di almeno sei criteri, scelti preventivamente e resi noti contestualmente alla pubblicazione dell'avviso: valutazione degli standard qualitativi dei servizi, piano degli investimenti del concessionario, capacità di interazione con il sistema ricettivo, durata della concessione, qualità di impianti e manufatti, fruibilità dei servizi stessi da parte dei diversamente abili, trovarsi nella situazione di priorità di cui all'art. 37, comma II, del Codice della Navigazione⁶⁶⁰ o di altri eventuali da indicarsi in sede di selezione.

Al comma VI del medesimo articolo viene disposto che, qualora all'amministrazione giunga un'istanza autonoma di concessione, una volta verificata la conformità con il Piano di Utilizzazione, è pubblicata sul Bollettino Ufficiale e sull'Albo Pretorio del Comune invitando, chi ne avesse interesse, a presentare, entro novanta giorni, osservazioni e opposizioni o eventuale istanze concorrenti. E' altresì interessante notare come, il nuovo concessionario sia tenuto a rilevare il personale necessario allo svolgimento delle attività in questione.

⁶⁶⁰ Obbligatorio nella misura del 10%;

In merito al rinvio, nella normativa regionale, al diritto d'insistenza che era presente nella normativa statale, va detto che la Giunta Regionale, nel ddl comunitario 2008, aveva proposto l'abrogazione della lettera g) di cui al comma IV, per adeguarsi ai rilievi della Commissione europea di cui sopra. Tuttavia, il Consiglio si limitò ad un modifica della legge regionale 2/02 la quale, tra le altre cose, confermava la proroga delle concessioni nel caso in cui non fossero in possesso dei requisiti di legge. Tale disposizione fu poi impugnata dal Governo italiano dinanzi alla Corte Costituzionale, che, con la sentenza 233/2010 dichiarò l'illegittimità costituzionale della legge regionale 13/09 nella parte in cui disponeva la proroga senza prevedere l'abrogazione della lettera g) al comma IV della legge regionale 22/06 rilevando, in questo senso, un contrasto con i principi europei in materia di libera concorrenza e con l'art. 117 comma I della Costituzione. Nel consentire il rinnovo automatico della concessione, infatti, la norma regionale determinava una violazione del principio di concorrenza in quanto a coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo restava preclusa la possibilità di concorrere per ottenerla.

L'art. 10, invece, disciplina la revoca, la decadenza e l'affidamento ad altri delle attività oggetto di concessione. Per quanto attiene alla revoca, si fa riferimento alla normativa statale⁶⁶¹ salvo si verificano gravi violazioni nella conduzione della concessione ovvero inadempimenti ad essa relativi che non comportino la decadenza. Viene altresì stabilito che, in caso di revoca per motivi di pubblico interesse non riconducibili a fatto del concessionario o per contrasto sopravvenuto con il Piano di Utilizzazione i concessionari hanno la preferenza nell'assegnazione di nuove

⁶⁶¹Art 42 del Codice Navigazione

concessioni. Per quanto attiene alla decadenza, si fa esplicito riferimento alla normativa statale⁶⁶². Viene comunque riconosciuta la possibilità per il concessionario, previa autorizzazione, di affidare ad altri soggetti la gestione di attività specialistiche e secondarie nell'ambito della concessione in questione.

L'art. 13 bis, aggiunto dall'art. 65, comma I, della legge regionale 17/10 statuisce che nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo nazionale e al fine di assicurare l'uniformità della regolazione nella materia di cui al d.l. 194/09, convertito dalla legge 25/10, il termine di durata delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreativa in essere alla data di entrata in vigore della legge regionale 17/10 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato al 31 dicembre 2020. E' altresì previsto che entro il 31 dicembre 2015 la Regione debba disciplinare il rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi ad uso diportistico e che, nelle more della normativa regionale, il termine delle suddette concessioni demaniali è prorogato al 31 dicembre 2020⁶⁶³.

Esaminata la normativa, va detto che, nella sostanza, la disciplina regionale non muta proprio in virtù del fatto che la Regione Friuli Venezia Giulia, così come le altre Regioni, è ancora in attesa di una disciplina nazionale in linea con i principi e con la legislazione europea. Tuttavia, a onore del vero, è opportuno specificare come la legge regionale in questione posseda un elemento fortemente qualificante, come, ad esempio, il fatto che sin dal 2006 fosse presente un obbligo generale di pubblicità e di

⁶⁶²Art. 47 del Codice della Navigazione

⁶⁶³In attuazione del trasferimento di funzioni di cui al d.lgs 111/04, norme di attuazione dello statuto speciale della regione Friuli Venezia Giulia

informazione per il rilascio e per il rinnovo delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa. Altro elemento interessante, che permette in questo caso di riallacciarsi a quanto evidenziato nel secondo capitolo del presente lavoro, è comprendere quale sia la fonte ispiratrice di tale testo legislativo. Infatti, la legge regionale in questione si ispira direttamente alla disciplina regionale in materia di appalti pubblici di cui alla legge regionale 14/02.

b) La Normativa della Regione Emilia Romagna

Un altro ordinamento giuridico che vale la pena esaminare è quello della Regione Emilia-Romagna. La normativa di riferimento consiste, innanzitutto, nella legge regionale 9/2002, così come modificata dalla legge regionale 6/04, dalla legge regionale 8/05, dalla legge regionale 13/07 e dalla legge regionale 8/09. Questa legge, come evidenziato all'interno dell'art. 1, disciplina, sulla base delle competenze legislative regionali di cui all'art. 117 Cost., l'esercizio delle funzioni amministrative connesse alla gestione del demanio marittimo e di zone del mare territoriale conferite alle Regioni dalla lettera i) del comma II dell'art. 105 del d.lgs 112/98 e successive modificazioni. I principi cui la normativa regionale fa riferimento sono quelli enucleati all'interno dell'art. 2 della legge regionale 3/99 e a quelli enucleati nell'art. 1 della legge regionale 9/02.⁶⁶⁴

⁶⁶⁴Sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, semplificazione dell'azione amministrativa, completezza, omogeneità delle funzioni, unicità dell'azione amministrativa, integrazione tra i diversi livelli di governo, accessibilità ai beni del demanio marittimo e al mare territoriale, salvaguardia dell'ambiente

Per quanto riguarda le funzioni che, nell'ambito del demanio marittimo, che è ciò che interessa questo studio, sono attribuite alla Regione, esse consistono nella programmazione e nell'indirizzo generale, nel monitoraggio e nella vigilanza dell'attività attribuita agli enti locali. Infatti⁶⁶⁵, è disposto che la Regione, insieme a Province e Comuni, esercita le funzioni amministrative relative al rilascio, rinnovo, modificazione e revoca delle concessioni delle aree del demanio marittimo. Ai Comuni spetta approvare un Piano dell'Arenile avente ad oggetto le trasformazioni dell'arenile, delle costruzioni esistenti, la dotazione delle aree per i servizi pubblici e per tutte le attrezzature in precario.

Ai Comuni, comunque, sono attribuite le funzioni in materia di rilascio, rinnovo, modificazione e revoca⁶⁶⁶ delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa che afferiscono al territorio comunale, la pulizia degli arenili, il rilascio, rinnovo, modificazione e revoca delle concessioni e dei nullaosta per l'esercizio del commercio nelle aree demaniali marittime ricadenti nel territorio comunale e il rilascio, rinnovo, modificazione, decadenza o revoca di autorizzazioni sull'arenile.

E' altresì importante sottolineare come, tra le direttive regionali cui un Piano dell'Arenile deve uniformarsi, rientrano quelle di cui all'art. 4 della suddetta legge regionale, ossia, *inter alia*, quelle deputate ad individuare indirizzi per il miglioramento della qualità degli stabilimenti balneari e a favorire l'innovazione e la diversificazione dell'offerta turistica.

⁶⁶⁵Art 3

⁶⁶⁶Art 42

Come poi sarà esaminato in maniera più dettagliata, alla Regione spetta, dopo aver sentito i Comuni interessati⁶⁶⁷, individuare le aree da classificare nelle categorie prestabilite, previo accertamento dei requisiti di alta, normale e minore valenza turistica. La legge regionale 8/09 ha poi aggiunto, alla legge sotto esame, l'art. 8-bis, il quale, in attuazione dell'art. 1, comma 251, della legge 296/06⁶⁶⁸ (legge finanziaria 2007) le aree classificate ad alta valenza turistica.

Il punto critico, per quanto riguarda la normativa della Regione Emilia Romagna, è rappresentato dall'introduzione all'interno della legge regionale 9/02, da parte della legge regionale 8/09, del comma II dell'art. 8-bis, il quale disponeva che i concessionari demaniali avrebbero potuto richiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio. Questo passaggio legislativo testimonia come la Regione Emilia Romagna, proprio nelle more della procedura d'infrazione di cui sopra, fosse stata la prima, tra le Regioni italiane, ad intervenire a tutela delle imprese balneari.

Come poi si avrà modo di analizzare in maniera più approfondita nel paragrafo dedicato alla giurisprudenza costituzionale, la disposizione contenente la possibilità, per i concessionari, di richiedere una proroga fino ad un massimo di venti anni, fu impugnata da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri in virtù della summenzionata procedura d'infrazione. A detta del Governo, infatti, la norma in questione causava disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione

⁶⁶⁷ Art 6 decreto Ministro dei Trasporti e della Navigazione 342/1998

⁶⁶⁸ Legge 27 dicembre 2006, n. 296, disposizioni per la formazione del bilancio annual e pluriennale dello Stato (Legge Finanziaria 2007), GURI del 27.12.2006, suppl. 244

dell'art. 49 TFEU del Trattato, proprio perché avrebbe reintrodotta, de facto, un rinnovo automatico a richiesta dell'interessato. Il punto focale risiede nel fatto che la norma regionale non aveva previsto alcuna forma di procedura selettiva, semplicemente consentendo, ai concessionari che ne avessero fatto richiesta, una proroga automatica fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data del rilascio.

Il Governo italiano ha quindi presentato ricorso⁶⁶⁹ per presunta incostituzionalità della disposizione già citata, che fu poi dichiarata incostituzionale con la sentenza 180/10. La Corte, infatti, stabilì che la legge regionale violava l'art. 117, comma I, della Costituzione per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, in modo particolare in materia di diritto di stabilimento e della concorrenza. A nulla valse la difesa regionale volta a sostenere che ad essere prevista non fosse l'automaticità della proroga, bensì la possibilità che, dopo la presentazione del programma degli investimenti finalizzato alla valorizzazione del bene, l'operatore ottenesse un'estensione della durata del rapporto concessorio. Infatti, secondo la lettera della norma, tale proroga sarebbe dovuta risultare proporzionale alla tipologia d'investimento effettuato con la finalità di consentire l'ammortamento dei costi sostenuti e l'equa remunerazione dei capitali investiti.

Il motivo per cui tale norma fu dichiarata incostituzionale, è che essa prorogava le concessioni già scadute o in scadenza senza che vi fosse, di fatto, alcun affidamento da tutelare circa l'esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per la concessione. Infatti, va specificato che al momento del rilascio il concessionario era perfettamente a conoscenza del tempo necessario per ammortizzare

⁶⁶⁹Ricorso 63 24 settembre 2009

l'investimento. In aggiunta, una normativa del genere avrebbe posto ulteriori barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori. La Corte dispose quindi che la disposizione in questione invadeva la competenza statale e violava il principio di non discriminazione favorendo concessionari uscenti a discapito di aspiranti tali.

c) La Normativa della Regione Toscana

Per quanto riguarda la normativa della Regione Toscana occorre dire che la normativa di riferimento, prima del 2009, era costituita dalla legge regionale 88/98 con la quale, in attuazione dell'art. 4, comma V, della legge 59/97, si conferiva ai Comuni la competenza al rilascio delle concessioni demaniali marittime⁶⁷⁰. E' su questa legge che è stata costruita la disciplina delle aree demaniali marittime in Toscana e la loro gestione amministrativa da parte dei Comuni ai quali è stata conferita totale competenza in tema di concessioni demaniali.

Anche in Toscana, la pianificazione comunale è definita nel rispetto degli strumenti sovraordinati regionali ed è chiamata a disciplinare nel dettaglio l'uso delle aree demaniali, individuando diverse destinazioni d'uso ammissibili per le aree demaniali marittime, nonché criteri di aggiudicazione delle stesse. Il sistema toscano è, infatti, organizzato secondo una rigida prevalenza di un quadro urbanistico nel quale si inseriscono le modalità gestionali delle aree demaniali.

E' importante rilevare come l'esperienza della Regione Toscana rappresenta un'eccezione rispetto ad altre Regioni italiane, proprio a fronte della decisione di non

⁶⁷⁰Art. 27, comma III

disciplinare in maniera organica la materia, ma dettando solo alcune disposizioni per le diverse strutture turistico-ricreative presenti sulle aree demaniali.

Nel 2009 viene introdotta una nuova disciplina. Si tratta della legge 77/09, la quale, dopo aver prorogato, in conformità al d.l. 194/09, le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo in essere fino al 31 dicembre 2015, all'art. 16, comma II aveva poi stabilito che, su richiesta del concessionario, la durata della proroga potesse essere estesa fino ad un massimo di venti anni, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti.

Nel marzo 2010, tuttavia, è stato promosso da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri⁶⁷¹ ricorso contro la legge regionale. Esso fu accolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 340/10.⁶⁷² La pronuncia, richiamando la precedente sentenza 180/10 ha ribadito che la disposizione sotto esame violava l'art. 117 Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. La norma regionale, infatti, prevede un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione consentendo il rinnovo automatico della medesima. Tale automatismo determina, quindi, una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore

⁶⁷¹Ricorso alla Corte Costituzionale 33/2010

⁶⁷²Sentenza Corte Cost. 340/10

se non nel caso in cui questo non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti.⁶⁷³

Appare evidente, anche in questo caso, come non possa essere fatta valere la giustificazione secondo cui la concessione non sarebbe prorogata automaticamente, ma, al contrario, sulla base di una valutazione caso per caso e in considerazione degli investimenti effettuati per garantire lo sviluppo turistico. Non si potrebbe nemmeno sostenere la tesi secondo la quale sarebbe necessario un bilanciamento di interessi tra la tutela della concorrenza (statale) e quella, ad esempio, del turismo (regionale) trattandosi di dover tutelare il livello occupazionale e di stimolare la ripresa economica.

Secondo la Consulta, infatti, la normativa regionale altro non avrebbe fatto se non impedire l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori. La norma impugnata rappresentava, quindi, una compressione ingiustificata nella gestione del demanio marittimo, violando, così, il principio di parità di trattamento in tema di libertà di stabilimento e favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti tali. Pertanto, la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che apra al mercato è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi europei⁶⁷⁴.

⁶⁷³ par 2.1 sentenza

⁶⁷⁴ Sentenza Corte Cost. 1/2008

3.1.4. I principi in materia di evidenza pubblica

Prima di addentrarsi nella disamina di come la giurisprudenza ha affrontato e, per certi versi, sta ancora affrontando la messa in concorrenza dei servizi che, offerti sui beni demaniali, sono oggetto del presente lavoro, occorre fare un richiamo, seppur breve proprio perché già analizzati nel secondo capitolo, ai principi dell'evidenza pubblica secondo il diritto italiano.

Va detto che fu proprio la necessità di garantire il concorso tra più offerenti, da un lato, e la necessità di evitare abusi da parte dei privati, dall'altro, che impose di elaborare procedimenti formalizzati all'interno dei quali fosse possibile acquisire elementi utili ad effettuare la scelta migliore per l'amministrazione, con garanzia di imparzialità⁶⁷⁵.

L'espressione "evidenza pubblica", come anche richiamato dalla dottrina⁶⁷⁶, fu elaborata da Massimo Severo Giannini⁶⁷⁷ proprio per la necessità impellente, nei contratti di appalto, di evitare abusi da parte dei fornitori e da parte delle autorità. La nozione di contratti ad evidenza pubblica poneva, quindi, una distinzione tra la fase procedimentale destinata alla formazione della volontà dell'amministrazione e la fase

⁶⁷⁵ Morbidelli, Zappolato, Appalti pubblici, in Trattato di Diritto Amministrativo europeo. Parte speciale. Diretto da Chiti e Greco, 1 Milano, 2007, 214 laddove effettivamente si rileva che la normativa nazionale è nata per garantire principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa

⁶⁷⁶ C. Franchini (a cura di), "I contratti di appalto pubblico", Utet, 2010

⁶⁷⁷ M. S. Giannini, L'attività amministrativa, Roma, 1962, 42

privatistica che si avvia con la stipulazione del contratto. La prima fase altro non è, quindi, che un procedimento amministrativo suddiviso in più fasi volto a scegliere tra una pluralità di offerte nel nome del principio di imparzialità.

Se tuttavia, dapprima, i principi che caratterizzavano la materia degli appalti pubblici erano essenzialmente i principi dell'attività amministrativa, il quadro normativo iniziò a mutare con l'intervento del diritto europeo. Mentre, da un lato, le norme statali avevano da sempre tutelato l'interesse finanziario dell'amministrazione, il diritto europeo è da sempre orientato a garantire la libera prestazione dei servizi, la libertà di stabilimento e la concorrenza, con il conseguente divieto di discriminazioni e restrizioni nelle procedure di evidenza pubblica⁶⁷⁸. La vera ratio, quindi, dell'esperire procedure di evidenza pubblica, è l'impedire possibili collusioni tra l'autorità appaltante o concedente e l'operatore economico.

Il primo tra i principi in materia di appalti pubblici che rileva in materia di evidenza pubblica è il principio di parità di trattamento. Esso, infatti, è inteso come manifestazione del principio d'imparzialità della pubblica amministrazione e come principio di eguaglianza sostanziale degli operatori. In sostanza, come già messo in luce nel secondo capitolo, esso comporta che nessun concorrente possa avere un trattamento differenziato o privilegiato nei confronti delle regole della gara, le quali, com'è intuitivo, devono essere preventivamente disposte e applicate nello stesso modo nei confronti degli operatori economici in questione. Tale principio ha carattere assoluto nella gara proprio perché riflette il principio d'imparzialità.

⁶⁷⁸Cfr. Capitolo I

L'attività contrattuale delle amministrazioni è sempre stata suddivisa in quattro fasi: formazione della volontà, scelta del privato contraente, stipulazione del contratto, approvazione. La prima fase include la deliberazione a contrarre e il bando, mentre la seconda prevede la partecipazione con la presentazione, da parte dei concorrenti, delle offerte. Segue poi una fase istruttoria nella quale l'amministrazione procede all'analisi e alla verifica dei documenti che nel frattempo sono stati prodotti, per poi aver luogo la fase valutativa e decisionale nella quale viene esercitata la discrezionalità tecnica. Da ultimo si avrà la c.d. fase di controllo. L'attuale disciplina, invece, richiama e riprende per intero la precedente, ampliandola e arricchendola di un rigore formale ancora più marcato, mentre le fasi, che comunque rimangono le stesse indicate sopra, appaiono più complesse.

La delibera a contrarre è l'atto attraverso il quale l'amministrazione enuncia le ragioni per cui intende stipulare il contratto e contiene le ragioni che la inducono ad adottare una procedura per la scelta dell'operatore piuttosto che un'altra, oltre all'indicazione del contratto che si andrà a stipulare. A ciò segue, comunque, la fase selettiva vera e propria. Per la disciplina dettagliata della stessa si richiama alla normativa in materia di appalti pubblici. Il primo atto di tale processo selettivo è rappresentato proprio dal bando che assume il valore di vero e proprio avvio con rilevanza verso l'esterno del procedimento di evidenza pubblica in quanto serve a rendere nota alla generalità degli interessati l'esistenza dell'intenzione, da parte dell'amministrazione, di procedere. Il bando, inoltre, è qualificabile anche quale vera e propria *lex specialis* idonea a integrare le norme di rango legislativo o regolamentare⁶⁷⁹.

⁶⁷⁹ Cons. Stato sez II 4381/06

Pubblicato il bando, si apre la vera e propria fase di gara che prevede anche la consegna del plico contenente la documentazione di gara e la nomina di una commissione. La fase selettiva si apre in un momento successivo, con la verifica della documentazione presentata dai concorrenti e l'ammissione degli stessi all'esame della documentazione tecnica. La fase di ammissione dei concorrenti è deputata non solo alla verifica della completezza formale della documentazione in questione, ma anche alla effettiva sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla *lex specialis*.

L'amministrazione può quindi procedere all'esclusione dei concorrenti che non abbiano i requisiti prescritti. La fase successiva a quella dell'ammissione dei concorrenti è rappresentata dall'esame e dalla valutazione delle offerte. Il principio che ivi maggiormente rileva è il principio di pubblicità. Per quanto riguarda la valutazione delle offerte saranno applicabili le regole in materia di esercizio della discrezionalità tecnica. La commissione di gara provvederà a valutare le offerte alla stregua di valutazioni tecniche. Una volta individuata, poi, l'offerta migliore, l'autorità procurerà di dichiarare il soggetto aggiudicatario con il provvedimento di aggiudicazione. Con tale provvedimento si chiude formalmente la fase di gara. La procedura di evidenza pubblica prevede altre due sotto-fasi: la fase dell'approvazione e la stipula formale del contratto che attiene alla fase privatistica dell'evidenza pubblica.

Altri principi in materia di evidenza pubblica che paiono rilevanti sono il principio di pubblicità e il principio di trasparenza che, sebbene esprimano due concetti diversi, possono ritenersi complementari⁶⁸⁰. Se, infatti, da un lato il principio di pubblicità ha un contenuto statico in quanto comunica l'azione del potere pubblico, la

⁶⁸⁰Cfr.F. Tigano, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino 2008

trasparenza connota un contenuto dinamico, ossia di vera interrelazione tra pubblico e privato. Questi due principi, sebbene facciano parte dei principi dell'agire amministrativo, trovano, nel campo degli appalti pubblici, un'applicazione più rigorosa. Per quanto attiene al principio di pubblicità, esso appare contraddistinto da due anime: autonomia e capacità di garantire lo svolgimento corretto delle procedure di evidenza pubblica da un lato, e strumentale a garantire il favor participationis dall'altro. Va altresì detto che la giurisprudenza interna ha elaborato il principio di pubblicità a partire dalle norme contenute nella legge di contabilità e in particolare in quelle che imponevano alle stazioni appaltanti di pubblicare un avviso d'asta. Ecco perché è stato identificato come una diretta applicazione del principio d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e quindi di efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa.

La giurisprudenza ha elaborato una serie di regole che devono presiedere al rispetto del principio di pubblicità come la necessità che sia data adeguata pubblicità al bando di gara e l'obbligo che le sedute di gara siano pubbliche.⁶⁸¹ L'orientamento prevalente limita, tuttavia, l'assoluta attuazione del principio di pubblicità alle fasi antecedenti alla valutazione dell'offerta.⁶⁸² Anche nella fase successiva alla fase di giudizio discrezionale, ossia nella fase in cui la stazione appaltante è tenuta a comunicare l'esito della valutazione ai concorrenti il principio di pubblicità riacquista tutta la sua forza. Il principio di trasparenza, invece, esprime un concetto di relazione

⁶⁸¹ Cons. Stato sez VI 5943/2008; Cons. Stato sez VI, 1856/2008; Cons. Stato sez V 901/2008; Cons. Stato IV, 5217/2007; Cons. Stato sez VI, 1369/2007

⁶⁸²C. Franchini (a cura di), "I contratti di appalto pubblico", Utet, 2010

per cui il privato deve essere messo in una potenziale condizione di conoscere non solo la scelta dell'amministrazione ma anche l'effettivo svolgimento del procedimento nella sua interezza. La trasparenza si declina, quindi, nel prendere visione degli atti del procedimento e nel verificare il corretto esercizio del potere amministrativo.

3.1.5. La Giurisprudenza

Nei paragrafi precedenti è stata richiamata la normativa che, sia a livello statale sia a livello regionale, disciplina il demanio marittimo e, in particolare, le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative. In questo paragrafo sarà, invece, riportata la giurisprudenza costituzionale e amministrativa che ha contribuito non solo a regolamentare un settore, come quello demaniale marittimo, in perenne evoluzione, ma che ha soprattutto agito in funzione modernizzatrice di un settore che appariva sempre più bisognoso di adeguamento ai principi del diritto europeo.

a) La giurisprudenza costituzionale

Nella sentenza 213/2011 Corte Cost.⁶⁸³, ad esempio, si trattava dell'art. 4 della legge della Regione Marche 7/10 e dell'art. 5 della legge della Regione Veneto 13/10⁶⁸⁴

⁶⁸³Sentenza Corte Cost. 213/2011

⁶⁸⁴ Adeguamento della disciplina regionale delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa alla normativa comunitaria modifiche alla legge regionale 33/02 testo unico delle leggi regionali in materia di turismo e successive modificazioni

e degli artt. 1, 2 della legge Regione Abruzzo 3/10.⁶⁸⁵ Tali giudizi di legittimità costituzionale venivano promossi dal Presidente del Consiglio dei Ministri.⁶⁸⁶

Per quanto riguarda la Regione Marche, si lamentava la violazione dell'art. 117, comma I e II, lettere a) ed e) della Costituzione. L'art. 4 della legge contestata, infatti, prevedeva la possibilità di estendere, su richiesta del concessionario, la durata della concessione demaniale fino ad un massimo di venti anni, in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere realizzate e da realizzare sempre nel rispetto del piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo vigente. La Giunta regionale avrebbe poi dovuto stabilire i criteri e le modalità per il rilascio ed il rinnovo delle concessioni. L'Avvocatura dello Stato osservava che a seguito della Procedura d'infrazione summenzionata il legislatore statale era intervenuto nel settore con il d.l. 194/2009, convertito, con modificazioni, nella legge 25/10 per abrogare l'art. 37, comma II, che attribuiva al concessionario uscente un diritto d'insistenza e per prorogare la durata delle concessioni in essere fino al 2015.

Lo Stato, quindi, rilevava che la normativa regionale in questione si sarebbe posta in contrasto con l'art. 117 Cost., comma I, proprio in virtù del fatto che non sarebbe stata in linea con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di Libertà di Stabilimento e di tutela della concorrenza, previsti agli artt. 49 e 101 TFUE. Inoltre tale disposizione avrebbe altresì violato l'art. 117, comma II, lettera a) in relazione ai

⁶⁸⁵Estensione della durata delle concessioni demaniali per uso turistico-ricreativo

⁶⁸⁶Ricorsi notificati il 19-22 aprile 2010 depositati in cancelleria il 28 aprile 2010 ed iscritti, rispettivamente, ai numeri 66, 67 e 68 del registro ricorsi 2010

rapporti con l'Unione Europea proprio a causa della pendenza della procedura d'infrazione e l'art. 117, comma II, lettera e).

Per quanto riguarda la Regione Veneto, si lamentava una violazione dell'art. 117, comma I e II, lettere a) ed e) della Cost. Secondo l'Avvocatura dello Stato, infatti, la disposizione impugnata avrebbe previsto che tutte le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa in corso sarebbero dovute scadere il 31 dicembre 2015 così come stabilito all'interno della normativa statale. Tuttavia, la norma regionale in questione stabiliva che i titolari di concessione in corso di validità che avessero eseguito interventi edilizi o che avessero effettuato investimenti mediante l'acquisto di attrezzature e beni mobili potessero presentare al Comune istanza di modifica della durata della concessione.⁶⁸⁷

Sempre secondo la norma in questione il Comune, verificate le condizioni di cui al comma II, doveva modificare la durata della concessione con decorrenza dalla data del provvedimento di modifica. L'Avvocatura dello Stato rilevava, inoltre che era prevista una variazione della durata delle concessioni in relazione agli investimenti effettuati da un minimo di sette anni ad un massimo di venti anni. Per questo motivo l'articolo impugnato faceva contrasto con i parametri costituzionali summenzionati. Lo Stato riteneva, infatti, che le disposizioni impuginate prevedessero, in deroga alla normativa statale così come modificata a seguito della procedura d'infrazione, una possibilità di rinnovo automatico delle concessioni fino ad un massimo di venti anni, causando, in tal modo, una vera e propria disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. Oltre

⁶⁸⁷ lettera e)ter dell'allegato S/3 della legge regionale 33/02

all'art. 117, comma I, sarebbe violato anche il comma II lettera a) in relazione ai rapporti con l'UE.

Per quanto riguarda la Regione Abruzzo, si lamentava la violazione dell'art. 117 comma I e II lettere a) ed e). L'art. 1 della legge regionale in questione, infatti, stabiliva la possibilità di estendere, su richiesta del concessionario, la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere, fino ad un massimo di venti anni in ragione dell'entità degli investimenti effettuati. L'art. 2 prevedeva che l'estensione delle concessioni operasse anche nei confronti delle nuove concessioni per le quali fosse in corso un procedimento di rilascio. Anche in questo caso, l'Avvocatura dello Stato, dopo aver fatto riferimento alla procedura d'infrazione aperta contro l'Italia e al successivo intervento del legislatore osservava che le norme regionali in questione, nel prevedere un rinnovo automatico della concessione fino ad un massimo di venti anni, si ponevano in contrasto con le conclusioni della Commissione europea e con la richiamata normativa statale. Lo Stato, infatti, riteneva che le norme impugnate violassero l'art. 117, comma I e II, lettere a) ed e).

La Corte Costituzionale, d'altro canto, riuniti i ricorsi, rilevava che la disciplina relativa al rilascio delle concessioni demaniali investiva diversi ambiti materiali, attribuiti sia alla competenza statale che regionale, atteso che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa europea e nazionale.

Infatti, come ricordato sopra, va osservato che il legislatore statale aveva stabilito con l'art. 1, comma XVIII del d.l. 194/09 le modalità di accesso alle suddette

concessioni da parte degli operatori economici. Tale intervento, come ricorda la Corte, fece seguito alla procedura d'infrazione, ivi più volte richiamata, aperta per il mancato adeguamento all'art. 12, comma II, della direttiva 2006/123/CE, il quale vieta qualsiasi forma di automatismo che, alla scadenza del rapporto concessorio, possa favorire il concessionario uscente. Per questo motivo il comma II dell'art. 37 cod. nav., nella parte in cui stabiliva la preferenza accordata al vecchio concessionario, venne abrogato; di conseguenza, le concessioni in atto venivano prorogate al 31 dicembre 2015.

La Corte ricordava altresì che la proroga accordata *ex lege* doveva intendersi transitoria, in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento, sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato-Regioni, nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriale e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto d'insistenza di cui all'art. 37, comma II, cod. nav. La finalità del legislatore era, quindi, quella di rispettare gli obblighi europei in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni.

La Corte proseguiva affermando che la questione relativa all'art. 4, comma I della legge regionale 7/10 della Regione Marche era fondata. Il comma in questione, infatti, stabiliva⁶⁸⁸ che i Comuni, su richiesta del concessionario, potevano estendere la durata della concessione fino ad un massimo di venti anni in ragione dell'entità e della

⁶⁸⁸Ai sensi dell'art. 3 comma 4 bis del d.l. 400/93

rilevanza economica delle opere realizzate e da realizzare in conformità al piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo vigente. Per questi motivi il legislatore regionale avrebbe violato l'art. 1, comma XVIII, del d.l. 194/09 eccedendo le sue proprie competenze. Questa disposizione, infatti, rendeva possibile il rilascio di nuove concessioni, mentre la norma impugnata consentiva l'estensione della durata delle concessioni in atto. Nei fatti, quindi, il legislatore regionale attribuiva al titolare della concessione la possibilità di ottenere la proroga e in tal modo violava l'art. 117, comma I, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Infatti, tale meccanismo altro non costituirebbe se non un rinnovo automatico delle concessioni in essere causando, in questo modo, una vera e propria disparità di trattamento tra gli operatori economici.

La Regione, naturalmente, avanzò l'argomento secondo il quale le concessioni non sarebbero prorogate automaticamente ma solo previa valutazione, caso per caso, in considerazione agli investimenti effettuati. Tale assunto veniva smentito dalla Corte proprio in virtù del fatto che una disciplina del genere avrebbe posto un ostacolo all'accesso di altri potenziali operatori economici nel mercato relativo alla gestione delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa.⁶⁸⁹

La Corte, poi, esaminò la questione relativa all'art. 5 della legge della Regione Veneto 13/10. L'art. 5, comma I, della predetta legge prevedeva che "ai fini dell'applicazione delle procedure di cui all'art. 3 e fatto salvo quanto previsto dal presente articolo, tutte le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa in essere alla data di entrata in vigore della presente legge ivi comprese quelle oggetto

⁶⁸⁹Sentenza Corte Cost. 340/10

di domanda di rinnovo in corso di istruttoria alla stessa data, sarebbero dovute scadere il 31 dicembre 2015, fatta salva la maggiore durata del titolo concessorio”.

Il successivo comma II, invece, stabiliva che il titolare di concessione in corso di validità all’entrata in vigore della presente legge, anche per effetto del comma I, che avesse eseguito o esegua durante la vigenza della concessione interventi edilizi ovvero che avesse acquistato attrezzature e beni mobili per un valore non superiore al venti per cento dell’importo degli interventi edilizi poteva presentare al comune, entro quarantacinque giorni dall’entrata in vigore della presente legge, una istanza di modifica della durata della concessione.

Il comma IV, a sua volta, prevedeva che “il titolare di concessione in corso di validità all’entrata in vigore della presente legge, anche per effetto del comma I, che avesse eseguito o esegua, durante la vigenza della concessione, interventi infrastrutturali di pubblica utilità previsti dal comune, che non rientrassero nelle tipologie di cui al comma II, poteva presentare al comune, entro quarantacinque giorni dall’entrata in vigore della presente legge, una istanza di modifica della durata della concessione per un periodo compreso tra due e quattro anni. La Corte Costituzionale proseguiva sostenendo che tutti i commi di cui all’art. 5 della legge regionale sotto esame erano accomunati dal fatto che disciplinavano in modo unitario la proroga o il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime in corso di validità. Infatti, tutte le ipotesi regolate dalla suddetta norma erano in contrasto con la disciplina statale di cui all’art. 1, comma XVIII, del d.l. 194/09.

Il legislatore regionale, anche in questo caso, nel fare uso della proroga ope legis prevista dalla norma statale la applicò a concessioni diverse da quelle prese in

considerazione da quest'ultima. In altre parole la disposizione impugnata prendeva in considerazione le concessioni in corso e quelle oggetto di domanda di rinnovo alla data di entrata in vigore della legge regionale e, dunque, con riguardo ad un momento temporale diverso e successivo rispetto a quello indicato dalla norma statale, così trovando applicazione rispetto a fattispecie differenti da quelle di cui all'art. 1, comma XVIII, del d.l. 194/09. La seconda ipotesi, invece, ossia quella indicata dall'art. 5, commi II e III, era simile alla censura relativa all'art. 4 della legge della Regione Marche 7/10 visto che si prevedevano proroghe delle concessioni demaniali in corso in violazione del d.l. 194/09 e dell'art. 117, comma I.

Per quanto riguarda, invece, la Regione Abruzzo, la Corte dichiarò fondata la questione relativa agli artt. 1 e 2 della legge regionale 3/10. L'art. 1, infatti, prevedeva che i titolari di concessioni demaniali marittime potessero richiedere l'estensione della durata delle concessioni fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio, in ragione dell'entità degli investimenti. Il successivo art. 2, invece, stabiliva che l'estensione della durata della concessione fosse applicabile anche alle nuove concessioni per le quali fosse in corso, alla data di approvazione della legge regionale in questione, il procedimento di rilascio della concessione demaniale. La Corte precisò che all'art. 1 si applicassero le stesse considerazioni indicate in riferimento all'art. 4 della legge della Regione Marche summenzionata avendo, anche in questo caso, il legislatore regionale previsto la possibilità di estendere la durata delle concessioni in atto.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 2, sempre della suddetta legge, la Corte ricordò che esso altro non avrebbe fatto che applicare l'estensione disciplinata dall'art. 1 alle concessioni il cui procedimento di rilascio era in itinere al momento

dell'approvazione della legge regionale; il fatto che non disponesse alcuna proroga o modifica delle concessioni in corso proprio perché si riferiva alle nuove concessioni, non escludeva la sua legittimità: ciò in virtù del fatto che il rilascio delle concessioni demaniali marittime e le regole che ne disciplinano l'accesso sono aspetti che rientrano nella materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza esclusiva dello Stato.

Altra pronuncia del Giudice delle Leggi rilevante per l'analisi ivi svolta è la sentenza 233/10 che vedeva sottoposti a giudizio di legittimità costituzionale gli artt. 36, comma II, 37, commi I e II, e 48, comma VI della legge della Regione Friuli Venezia Giulia 13/09⁶⁹⁰ da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri⁶⁹¹ il quale riteneva le summenzionate disposizioni regionali in contrasto con l'art. 4 della legge costituzionale 1/63 nonché agli articoli 3 e 117, comma I e II lettere a) e s) della Costituzione. L'art. 36, comma II, veniva impugnato nella parte in cui, nel modificare l'art. 58, comma II, della legge regionale 16/08 prevedeva che le concessioni demaniali marittime affidate a

⁶⁹⁰ Disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione Friuli Venezia Giulia derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Attuazione della direttiva 2006/123/CE Attuazione dell'articolo 7 della direttiva 74/409/CEE concernente la conservazione degli uccelli selvatici. Attuazione del regolamento CE 853/2004 in materia di igiene per gli alimenti di origine animale modifiche a leggi regionali in materia di sportello unico per le attività produttive, di interventi sociali e artigianato, di valutazione ambientale strategica VAS, di concessioni del demanio pubblico marittimo, di cooperazione allo sviluppo, partenariato internazionale e programmazione comunitaria, di gestione faunistico-venatoria e tutela dell'ambiente naturale, di innovazione-legge comunitaria 2008

⁶⁹¹ Ricorso notificato il 5-9 ottobre 2009 depositato in cancelleria il 13 ottobre 2009 ed iscritto al n. 90 del registro dei ricorsi 2009

soggetti non in possesso dei requisiti di legge dovevano essere prorogate fino all'individuazione del concessionario in possesso di tali titoli e comunque non oltre dodici mesi dalla data di efficacia della proroga medesima. Nonostante, infatti, come anche evidenziato da parte dello Stato, la norma regionale censurata fosse in conformità con quanto previsto dall'art. 37, comma II, del Codice della Navigazione, occorre rilevare che la normativa statale fu oggetto di una procedura d'infrazione aperta a carico dell'Italia.

Ciò che appare evidente è che sia l'art. 36, comma II, della legge regionale in questione sia l'art. 37, comma II, del Codice della Navigazione creavano, nell'ambito delle procedure di affidamento delle concessioni in questione, un meccanismo di preferenza per il concessionario uscente. Ciò avrebbe comportato, come fu, infatti, sottolineato dallo Stato, una vera e propria disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e dell'articolo 117, comma I, della Costituzione in riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo nonché dall'art. 117, comma II, lettera a) della Costituzione in relazione alla competenza esclusiva statale in materia di rapporti dello Stato con l'UE. La Regione, d'altro canto, resisteva sostenendo che non sarebbe stato possibile fondare una questione di legittimità su una procedura di infrazione comunitaria che, comunque, non costituisce né un parametro costituzionale né una definita ed efficace interpretazione del diritto europeo.

La Corte Costituzionale ha dichiarato che la questione nel merito era fondata. Infatti, in tema di concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative, va osservato che l'art. 37 del Codice della navigazione, così come modificato dall'art. 1,

comma XVIII, del d.l. 194/09 e convertito, con modificazioni, dalla l. 25/10 non prevede più alcun diritto di preferenza in capo al concessionario uscente. L'art. 58, comma II, della legge regionale 16/08, nel testo vigente prima della modifica introdotta dalla norma impugnata, prevedeva che le concessioni demaniali marittime affidate a soggetti non a totale partecipazione pubblica⁶⁹² erano prorogate fino all'individuazione del concessionario in possesso dei requisiti di legge e comunque non oltre dodici mesi dalla data di efficacia della proroga medesima.

Proprio per individuare i beneficiari della summenzionata proroga, l'art. 7 della legge Friuli-Venezia Giulia 2/02 stabiliva che la "Regione favorisce la promozione turistica mediante la partecipazione a società per la promozione turistica e a società d'area, anche tramite le agenzie di informazione e accoglienza turistica". L'art. 36, comma II, pertanto, s'inseriva nella disciplina prevedendo che al comma II dell'art. 58 della legge regionale 16/08 le parole "le concessioni demaniali marittime affidate a soggetti non a totale partecipazione pubblica di cui all'art. 7, comma I, della legge regionale 2/02, fossero sostituite dalle seguenti: "le concessioni demaniali marittime affidate a soggetti di cui all'art. 7, comma I, della legge regionale 2/02 e successive modifiche, non in possesso dei requisiti di legge".

Per effetto della disposizione censurata, quindi, si era esteso anche ai soggetti non in possesso dei requisiti di legge la possibilità di usufruire della proroga delle concessioni demaniali marittime in atto, introducendo una disciplina in contrasto con i principi del diritto europeo di libera concorrenza e con l'art. 117, comma I, della Costituzione. Nello specifico, la violazione del principio di concorrenza deriverebbe

⁶⁹²art 7, comma I, legge regionale 2/02

proprio dal rinnovo automatico della concessione in quanto coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo si vedono preclusa la possibilità, alla scadenza della suddetta concessione, di prendere il posto del gestore precedente⁶⁹³.

Un'altra tra le sentenze del Giudice delle Leggi di fondamentale importanza e già richiamata nel paragrafo relativo alla legislazione della Regione Emilia Romagna è la sentenza 180/10⁶⁹⁴ quale giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge regionale 8/09 promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri⁶⁹⁵. L'impugnazione verteva sull'art. 1 della suddetta legge per violazione dell'art. 117, comma I, Cost. anche in relazione agli articoli 49 e 101 TFUE nella parte in cui era stata inserito l'art. 8-bis, comma II, il quale disponeva che i titolari di concessioni demaniali marittime di cui al d.l. 400/93, convertito con modificazioni dalla legge 494/93, avrebbero potuto chiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio secondo quanto previsto dall'art. 1 della legge 296/06.

Lo Stato sostenne che l'intervento legislativo della Regione fosse censurabile proprio in virtù del fatto che non erano previste né procedure di gara né forme idonee di pubblicità afferenti la procedura relativa al rinnovo al fine di tutelare le esigenze concorrenziali di altre imprese presenti sul mercato, in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza. Lo Stato, inoltre, dichiarò che la procedura selettiva

⁶⁹³Sentenza Corte Cost. 180/10 e sentenza Corte Cost. 1/08;

⁶⁹⁴Sentenza Corte Cost. 180/10

⁶⁹⁵Ricorso notificato il 21-24 settembre 2009 depositato in cancelleria il 24 settembre 2009 ed iscritto al n. 63 del registro ricorsi 2009

era del tutto auspicabile in funzione della più proficua utilizzazione della concessione demaniale e del miglior uso della stessa nell'interesse pubblico. Veniva poi richiamata la pendenza, a suo tempo, della procedura d'infrazione n. 2008/09.

La Corte Costituzionale dichiarò fondata la questione di legittimità costituzionale in quanto la norma regionale violava l'art. 117, comma I, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Infatti, la norma regionale prevedeva un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, consentendo quindi il rinnovo automatico della medesima. Tale automatismo non poteva far altro che determinare una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza.

La Regione argomentò che la norma impugnata avrebbe potuto giustificarsi perché avrebbe collegato la durata delle concessioni agli investimenti effettuati dal concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. Stando alla Regione, pertanto, la norma in questione avrebbe previsto, infatti, la possibilità di una proroga della durata della concessione solo a seguito della presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene dato in concessione, che, solo se apprezzato dall'amministrazione di riferimento, avrebbe comportato una maggiore durata del rapporto concessorio proporzionale alla tipologia di investimento proposto, al fine di consentire l'ammortamento dei costi e l'equa remunerazione dei capitali investiti.

La motivazione per cui la Regione sosteneva che non vi fosse violazione del principio di libertà di concorrenza risiedeva nel fatto per cui la norma in questione

sarebbe stata preordinata a tutelare il principio dell'affidamento e le legittime aspettative dei concessionari, in ragione degli obiettivi di miglioramento delle infrastrutture serventi il bene demaniale in concessione.

La Corte dichiarò, inoltre, che nel caso in esame si trattava della proroga di una concessione già scaduta e che pertanto non vi potesse essere alcun affidamento da tutelare con riguardo all'esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione, perché al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l'arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti e su di esso ha potuto fare affidamento. La Corte aggiunse, quindi, che la norma in questione poneva barriere all'ingresso tali da alterare e distorcere la concorrenza tra imprenditori.

La norma impugnata determinava, quindi, un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo invadendo una competenza statale e il principio di parità di trattamento e di non discriminazione che si ricavano dagli artt. 49 ss. TFEU in tema di libertà di stabilimento. Ciò detto, la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che apra il mercato, è contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi europei⁶⁹⁶.

La sentenza 340/10⁶⁹⁷ Corte Cost. può essere considerata una sentenza "gemella" della precedente. Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma II, della legge della Regione Toscana 77/09 promosso dal Presidente del

⁶⁹⁶Sentenza Corte Cost. 1/08

⁶⁹⁷Sentenza Corte Cost. 340/10

Consiglio⁶⁹⁸. Il ricorrente riteneva, infatti, che la norma in questione violasse l'art. 117, comma I, Cost. in relazione agli articoli 49 TFUE e 101 TFUE. La disposizione impugnata disponeva che, in materia di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, su richiesta del concessionario, potesse essere disposta una proroga fino ad un massimo di venti anni. Ciò in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti, sulla base di criteri e modalità stabiliti dalla Giunta regionale con regolamento.

Come anche negli altri casi citati sopra, si faceva presente che la materia de quo era oggetto di procedura d'infrazione n. 4908/08 della Commissione europea. Nel caso in esame, comunque, mentre il comma I dell'art. 16 della legge regionale prevedeva una proroga fino al 2015 adeguandosi, in tal modo, alla normativa statale, il comma II, oggetto dell'impugnazione, introduceva una deroga consentendo la possibilità del permanere della concessione sino ad un massimo di venti anni. Tale meccanismo costituiva, pertanto, un vero e proprio rinnovo automatico e, come tale, violava l'art. 117, comma I, Cost. in quanto non coerente con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza. Sempre nei fatti, la normativa impugnata prevedeva un vero e proprio diritto d'insistenza in favore del soggetto già possessore della concessione consentendo, in tal modo, il rinnovo automatico della stessa.

Detto automatismo non poteva che determinare una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza e libertà di

⁶⁹⁸Ricorso notificato il 1-4 marzo 2010 depositato in cancelleria il 4 marzo 2010 ed iscritto al n. 33 del registro ricorsi 2010

stabilimento. Infatti, non erano previste né procedure di gara, né tantomeno forme idonee di pubblicità afferenti la procedura relativa al rinnovo al fine di tutelare le esigenze concorrenziali di altre imprese presenti sul mercato.

La difesa della Regione Toscana verteva, com'è facile immaginare, sull'argomento secondo il quale la concessione non sarebbe stata prorogata automaticamente, ma attraverso una valutazione caso per caso in considerazione degli investimenti effettuati per garantire sviluppo turistico.

La Corte Costituzionale, d'altro canto, ritenne la questione di legittimità costituzionale ivi descritta fondata. Dopo aver richiamato la sentenza 180/10 Corte Cost., stabilì che la norma impugnata, analogamente a quanto verificatosi per l'Emilia Romagna, permetteva che il concessionario potesse richiedere l'estensione della proroga fino a venti anni in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti e sulla base di criteri e modalità definiti dalla Giunta Regionale con regolamento sentite l'associazione nazionale comuni italiani Toscana e le associazioni di categoria dei concessionari entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge regionale in questione. Tale disposizione, dichiarò la Corte, avrebbe violato l'art. 117, comma I, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Va, infatti, detto che la norma regionale prevedeva un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione consentendo in tal modo il rinnovo automatico della stessa.

Tale automatismo determinerebbe, pertanto una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non avrebbero la possibilità, alla

scadenza della concessione di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma d'investimenti. La Corte poi dichiara che la giustificazione adottata dalla Regione Toscana, che oppone che la concessione non sarebbe prorogata automaticamente, ma sulla base di una valutazione caso per caso, in considerazione degli investimenti effettuati per garantire lo sviluppo turistico e che pertanto ci sarebbe bisogno di un bilanciamento d'interessi tra la tutela della concorrenza e quella del turismo, che è competenza regionale.

Il punto è, infatti, che la normativa regionale avrebbe impedito l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori. Come più volte affermato dalla stessa Corte, quindi una norma della portata di quella impugnata causa un'ingiustificata compressione nella gestione del demanio marittimo violando il principio di parità di trattamento che discende dagli artt. 49 TFUE ss. La previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso in luogo di una procedura di rinnovo che apra il mercato è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi europei⁶⁹⁹.

Altra sentenza rilevante ai fini dell'analisi ivi condotta è la sentenza 232/08⁷⁰⁰ Corte Cost., giudizio di legittimità costituzionale del comma IV-bis dell'art. 11 della legge della Regione Puglia 17/06⁷⁰¹ introdotto dall'art. 42 della legge della Regione Puglia 10/07⁷⁰² promosso con ricorso dal Presidente del Consiglio dei Ministri⁷⁰³.

⁶⁹⁹Sentenza Corte Cost. 1/08

⁷⁰⁰Sentenza Corte Cost. 232/08

⁷⁰¹Disciplina della tutela e dell'uso della costa

⁷⁰²Disposizioni per il bilancio di previsione 2007 e bilancio pluriennale 2007-2009 della Regione Puglia

Quest'ultimo lamentava un contrasto della norma impugnata con l'art. 117, comma II, lettera s) della Costituzione. L'art. 11, fra l'altro, regolamentava il rilascio delle concessioni demaniali e gli obblighi del concessionario di aree demaniali per la gestione di stabilimenti balneari e di altre strutture connesse alle attività turistiche ricadenti nelle suddette aree. Il comma IV della suddetta disposizione stabilisce che la gestione di stabilimenti balneari è consentita per l'intero anno al fine di svolgere attività collaterali alla balneazione con facoltà di mantenere le opere assentite, ancorché precarie, qualora, prima della scadenza della concessione, sia stata prodotta regolare istanza di rinnovo e, comunque, sino alle determinazioni dell'autorità competente.

Il comma IV-bis, invece, prevedeva che il mantenimento per l'intero anno delle strutture precarie e amovibili di facile rimozione, funzionali all'attività turistico-ricreativa e già autorizzate per il mantenimento stagionale, fosse consentito anche in deroga ai vincoli previsti dalle normative in materia di tutela territoriale, paesaggistica, ambientale e idrogeologica.

Il ricorrente sosteneva che, proprio in virtù del fatto che la citata disposizione consentiva che, in località sottoposte a tutela paesaggistica, fossero indiscriminatamente realizzati o mantenuti interventi senza la necessaria autorizzazione, secondo quanto previsto dal d.lgs. 42/04⁷⁰⁴ avrebbe leso la competenza legislativa esclusiva⁷⁰⁵ dello Stato prevista dall'art. 117, comma II, lettera s) Cost. Secondo il ricorrente, pertanto,

⁷⁰³Notificato il 18 giugno 2007 depositato in cancelleria il successivo 23 giugno ed iscritto al n. 30 del registro ricorsi 2007

⁷⁰⁴Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 137/02

⁷⁰⁵Sent. 182/06

sarebbe conforme alla disciplina statale in materia che le opere previste dalla norma impugnata fossero assentite per la sola stagione balneare, mentre il loro mantenimento oltre il periodo, avrebbe rappresentato una deroga ex lege illegittima all'autorizzazione già concessa dall'autorità competente alla tutela dei vincoli paesaggistici ambientali.

La Corte Costituzionale ritenne la questione fondata. Il comma IV-bis che era oggetto di censura stabiliva, infatti, una deroga ai vincoli previsti dalle normative in materia di tutela territoriale, paesaggistica, ambientale e idrogeologica. Esaminata la norma impugnata alla luce della disciplina amministrativa dell'uso del territorio che, come delineato nei principi generali sanciti dal legislatore statale, nella materia del governo del territorio, prevede il rilascio di titoli abilitativi ad edificare, e alla luce del d.lgs. 42/04 che, ai fini della salvaguardia del paesaggio e dell'ambiente, richiede che intervenga la positiva valutazione della compatibilità paesaggistica mediante il rilascio della relativa autorizzazione, alla Corte sembrò fuor di dubbio che la norma regionale oggetto di censura ledesse l'art. 117, comma II, lettera s) Cost in relazione al d.lgs. 42/04. E' giurisprudenza consolidata, infatti, che la tutela ambientale e paesaggistica, che, com'è facile intuire, ha ad oggetto un bene complesso ed unitario, costituisce valore primario ed assoluto e rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶Sent. 367/07 e 182/06

b) La Giurisprudenza Amministrativa

Dopo aver esaminato le più significative tra le recenti pronunce della Corte Costituzionale in materia di concessioni demaniali marittime, soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra le competenze legislative così come espresse all'interno dell'art. 117 Cost. e gli obblighi derivanti dal diritto europeo quale parametro di costituzionalità delle norme regionali, occorre soffermarsi sulla giurisprudenza amministrativa italiana per evidenziare come la tendenza ad una modernizzazione della gestione dei beni demaniali e, quindi, dei servizi sono offerti, fosse già in atto ben prima dell'apertura della procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia e ben prima dell'adozione della Direttiva 2006/123/CE da parte del Parlamento europeo e del Consiglio.

La sent. 525/13⁷⁰⁷ Cons. Stato, tra le più recenti, è un ricorso proposto da Mo. Srl contro Comune di Santa Margherita Ligure nei confronti di Am Sas per la riforma della sentenza del TAR Liguria, Sezione I, 1024/07⁷⁰⁸ avente ad oggetto il diniego di concessione di area demaniale marittima. E' d'uopo richiamare i fatti brevemente: la Mo Srl aveva presentato in data 18 giugno 2002, in qualità di proprietaria di un complesso, istanza di concessione di area demaniale marittima, a suo tempo rilasciata alla Am Sas, nell'approssimarsi della scadenza della stessa. Eseguito l'apposito iter, veniva adottato l'atto 19 agosto 2002, prot. 36925 con il quale si disponeva che l'istanza non risultava procedibile in quanto, in virtù dell'art. 1, comma II, del d.l. 400/93, così

⁷⁰⁷Sent. 525/13

⁷⁰⁸Sent, TAR Liguria, Sez. I, n. 1024/07

come sostituito dall'art. 10, comma I, della l. 88/01, le concessioni demaniali marittime in essere alla scadenza si sarebbero dovute rinnovare automaticamente per ulteriori sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il comma II dell'art. 42 del Codice della Navigazione.

A seguito, poi, di ulteriore istruttoria, veniva adottato un nuovo provvedimento con il quale si confermava il rigetto della richiesta di concessione di area demaniale marittima. E' importante sottolineare come la sentenza impugnata abbia dichiarato l'inammissibilità del gravame per carenza d'interesse alla decisione non avendo la parte ricorrente in appello impugnato i titoli concessori rilasciati alla società convocata in giudizio. Infatti, sempre nella sentenza impugnata, si poneva l'accento sul fatto che l'eventuale accoglimento del gravame proposto avverso i dinieghi opposti alla ricorrente non avrebbe avuto alcun effetto utile per la Mo. Visto che rimanevano pienamente efficaci i titoli concessori rilasciati alla Am e non impugnati.

Tra i motivi dedotti contro la decisione di rito la ricorrente faceva valere, tra quelli già dedotti in primo grado, la violazione dell'art. 1 del d.l. 400/93 convertito con modificazioni dalla legge 404/93 come sostituito dall'art. 10 della l. 88/01. La resistente proponeva, invece, appello incidentale chiedendo la riforma della sentenza nella parte relativa alla disposta compensazione delle spese di giudizio.

Il comma II, dell'art. 1 del d.l. 400/93 convertito, con modificazioni, dalla legge 494/93 nel testo introdotto dall'art. 10, comma 1, della legge 88/01 prevedeva che le concessioni di cui al comma I, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività avessero durata di sei anni e che alla scadenza

si rinnovassero automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza fatto comunque salvo il comma II dell'art. 42 del Codice della Navigazione.

Il Consiglio di Stato fece notare che la norma sulla base della quale erano stati adottati i provvedimenti impugnati in primo grado, ossia il già citato comma II dell'art. 1 d.l. 400/93, convertito, con modificazioni, dalla legge 494/93 come sostituito dall'art. 10 della l. 88/01, era stata abrogata dall'art. 11, comma I della l. 217/11⁷⁰⁹ il quale disponeva che, al fine di chiudere la procedura d'infrazione 2008/4908 avviata ai sensi dell'art. 258 TFUE e di garantire un quadro normativo stabile in materia, la summenzionata disposizione dovesse essere abrogata. Il Consiglio di Stato rilevava, inoltre, che sia l'instaurazione stessa della procedura d'infrazione, sia l'abrogazione della norma in questione da parte del legislatore statale non potessero che essere indici del contrasto della normativa e con la Direttiva "Servizi" che, com'è noto, esclude il rinnovo automatico della concessione e con i principi contenuti nel Trattato, principi che sono direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati Membri e di cui la Direttiva altro non è che mera attuazione⁷¹⁰.

Come richiamato altresì dalla giurisprudenza costituzionale⁷¹¹, infatti, una norma che prevederebbe una proroga automatica in tema di concessioni demaniali marittime violerebbe l'art. 117, comma I, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. L'automatismo della proroga determinerebbe una disparità di trattamento tra gli

⁷⁰⁹Legge Comunitaria 2010

⁷¹⁰Sentenza Corte Cost. 213/11, 340/10, 233/10 e 180/10

⁷¹¹*ibid.*

operatori economici dal momento che coloro che non gestivano in precedenza il demanio marittimo non avrebbero la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, un contrasto di tale portata imporrebbe l'obbligo di disapplicazione della norma per il periodo in cui è stata in vigore e durante il quale sono stati adottati i provvedimenti impugnati i quali vanno annullati proprio in virtù del fatto che verrebbe meno il presupposto normativo su cui si fondavano. L'amministrazione, quindi, non solo non poteva considerare automaticamente prorogata la concessione in questione, ma avrebbe dovuto altresì procedere sulla base di un provvedimento di evidenza pubblica.

Altra sentenza rilevante ai fini della presente analisi è la sentenza 6682/12⁷¹² del Consiglio di Stato. La vicenda iniziò con un ricorso promosso da una società denominata Spinola Hotel&C. ("Spinola") dinanzi al TAR Puglia, sezione Lecce (569/10) con cui si contestava il provvedimento adottato dal Comune di Gallipoli con cui si comunicava il diniego della concessione demaniale marittima richiesta con apposita istanza il 30 dicembre 2003. La società ricorrente aveva richiesto alla Capitaneria di Porto di Gallipoli il rilascio della concessione per un ventennio. Il TAR Puglia, sezione Lecce, tuttavia, rigettava il ricorso in virtù del fatto che, essendo la fattispecie in questione disciplinata dalla legge regionale 17/06 e prevedendo la suddetta normativa che la mancata approvazione del piano regionale delle coste, ad oltre due anni di distanza rispetto alla tempistica legislativamente prevista, avrebbe imposto di ritenere che ai Comuni non potesse essere inibita la possibilità di disciplinare ai soli fini

⁷¹²Cons. Stato 6682/12

del rinnovo l'uso del territorio costiero, occorre ribadire che le concessioni non potessero essere di durata tale da contrastare con la futura pianificazione ad opera del piano delle coste.

Il Consiglio di Stato precisò che l'art. 17 della suddetta legge affidava alla pianificazione la gestione delle coste prevedendo sempre in via di pianificazione una percentuale minima di aree demaniali riservate ad uso pubblico e libera balneazione e disponendo in via transitoria il rinnovo delle concessioni. Tuttavia, occorre precisare che la norma non prevede alcun vincolo di tipo soggettivo, ossia non garantisce una sorta di rendita di posizione per i precedenti concessionari.⁷¹³ Il TAR aveva quindi rigettato il ricorso perché il provvedimento impugnato aveva ritenuto non accoglibili le domande per la concessione in questione sia perché era richiesta per un periodo più ampio, ossia ventennale, sia perché era prevista la realizzazione di ingenti opere e la modificazione delle strutture.

La stessa ricorrente aveva poi impugnato, inter alia, innanzi al TAR Puglia sez. Lecce il provvedimento del 19 aprile 2010 con cui il Comune aveva prorogato, in base a quanto disposto dalla legge 25/10, la concessione demaniale marittima in favore della società lido san Giovanni sino al 31 dicembre 2015. Con provvedimento 12 luglio 2010 il comune di Gallipoli rigettava la domanda di concessione sessennale del compendio demaniale in questione in base alla circostanza che era già oggetto di concessione demaniale marittima rilasciata a favore della Lido San Giovanni. Il ricorrente poi specificava che sia la Spinola Sas che la Lido S. Giovanni avevano presentato domanda

⁷¹³Cons. Stato sez VI 3145/09

per la concessione demaniale e che la domanda di quest'ultima non era stata valutata con la comparazione.

Il TAR Puglia, sezione staccata di Lecce⁷¹⁴, respinse il ricorso dichiarando che il ricorrente, nel contestare la proroga della concessione rilasciata alla Lido S. Giovanni, aveva censurato il comma XVIII dell'art. 1 del d.l. 194/09, convertito con modificazioni dalla l. 25/10 che, nell'attesa della revisione della legislazione nazionale in materia di concessioni demaniali, aveva abrogato il comma II dell'art. 37 del Codice della Navigazione. Da ciò emerge, come più volte richiamato in questa ricerca, la necessità di procedere alla revisione della normativa in materia di concessioni demaniali marittime⁷¹⁵.

La Spinola Sas ha poi impugnato la sentenza 679/11 del TAR Puglia, sezione distaccata Lecce, deducendo, tra i motivi, la violazione degli artt. 49 TFUE e 106 TFUE, nonché la violazione della Direttiva 2006/123/CE, violazione dei principi europei sul potere di disapplicazione della legislazione nazionale, della libertà di prestazione e circolazione di cui al TFUE e di violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 3, 10, 41, 97 e 117 della Costituzione. La ricorrente sosteneva, infatti, che il comma XVIII dell'art. 1 del d.l. 194/09, convertito dalla l. 25/10 fosse in contrasto sia con i principi costituzionali sia europei.

Il Consiglio di Stato, a questo proposito, citò la sent. 213/11⁷¹⁶ Corte Cost. con la quale si dichiarava l'incostituzionalità di norme regionali aventi ad oggetto la proroga

⁷¹⁴Sentenza TAR Puglia, Sez. distaccata Lecce n. 679/11

⁷¹⁵Cfr. procedura d'infrazione

⁷¹⁶ Sentenza Corte Cost. n. 213/11

di concessioni demaniali marittime. La Corte Costituzionale, infatti, dopo aver richiamato la procedura d'infrazione riconobbe che la disciplina contenuta nella norma in questione aveva carattere transitorio, in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento, sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato-Regione, nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto d'insistenza di cui al citato art. 37 comma II Codice della Navigazione. La finalità del legislatore è stata, quindi, quella di rispettare gli obblighi europei.

Per quanto riguarda, invece, la dedotta violazione della direttiva 2006/123/CE, il Consiglio di Stato dichiarò che essa non presenta i caratteri della direttiva dettagliata e particolareggiata e, dunque, self-executing. Per queste ragioni, menzionando una pronuncia del TAR Campania, sez. Salerno⁷¹⁷, venne ribadito che la specifica quantificazione della durata dell'autorizzazione spetta al legislatore nazionale e, dunque, non può parlarsi di immediata operatività della disposizione europea, in quanto, affinché ciò sia possibile, occorrerebbe il recepimento da parte dello Stato Membro. Ne conseguì che la richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati previa diretta disapplicazione dell'art. 1, comma XVIII, del d.l. 194/09, come convertito in legge 25/10 per incompatibilità di tale disposizione con le norme ed i principi del diritto europeo non poté trovare accoglimento sia perché la procedura d'infrazione era stata

⁷¹⁷TAR Campania, sez. Salerno n. 1586/11

archiviata sia perché la Corte Costituzionale aveva espressamente affermato che la finalità del legislatore era stata quella di rispettare gli obblighi europei.

3.1.6. Come funziona la procedura di rilascio o di rinnovo di una concessione demaniale marittima

Sebbene la procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime subirà, proprio alla luce della necessità di un riordino legislativo complessivo, notevoli modifiche, è d'uopo, in questa sede, descrivere come, al momento, funzionino le cose. Sulla base del combinato disposto dell'art. 5 del Reg. Nav. Mar. e dell'art. 3 del DPR 509/97, chi fosse interessato ad occupare zone del demanio marittimo per utilizzazioni turistico-ricreative deve presentare domanda alla Regione territorialmente competente o ai Comuni costieri. L'art. 6 del Reg. Nav. Mar. determina il contenuto della domanda, nella quale deve essere specificato l'uso che il richiedente intenda fare e, eventualmente, la motivazione per una durata del titolo concessorio diversa dai sei anni.

Nel caso in cui vi siano più domande riguardanti la stessa zona demaniale è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e proponga per la stessa un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Solo in caso di concessioni aventi particolare importanza si deve procedere alla pubblicazione della domanda mediante affissione all'albo del Comune competente. Il provvedimento di pubblicazione deve contenere il soggetto, l'oggetto ed i contenuti della domanda, oltre a contenere l'avvertenza che chiunque può presentare entro il termine fissato, osservazioni e reclami oltre a domande concorrenti.

Essendo stato abrogato il diritto d'insistenza, non è più accordata preferenza alle precedenti concessioni, in sede di rinnovo, rispetto alle nuove istanze.

La fase istruttoria prevede che si proceda al vaglio delle qualità del richiedente, nonché alla verifica delle necessarie informazioni sulla natura del bene richiesto, sull'oggetto dell'istanza di concessione e sullo stato dei luoghi. Poi si acquisiscono i pareri e i provvedimenti degli enti e degli uffici indicati dal Codice della Navigazione, dal relativo Regolamento e dalla legislazione.

L'ultima fase del procedimento concessorio non offre particolari problematiche. Il provvedimento finale deve contenere tutte le informazioni riguardanti l'identificazione del bene, la durata della concessione, la natura, la forma e dimensioni delle strutture da realizzarsi, l'ammontare del canone e le condizioni particolari a cui la concessione è sottoposta. L'atto finale deve essere iscritto nel repertorio degli atti soggetti a registrazione, nel registro delle concessioni e nella rubrica alfabetica dei concessionari.

3.1.7. Recenti tentativi di riordino della disciplina: tra la Direttiva “Servizi”, eventuale sdemanializzazione e l'introduzione di un diritto di superficie

Esaminata da un lato la normativa statale e regionale e dall'altro lato la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa rilevante in materia di concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa occorre analizzare quali siano stati i recenti tentativi di riordino della disciplina. Tentativi che, va detto, sono rimasti, alcuni sfortunatamente ed altri fortunatamente, incompiuti. Dopo l'adozione del già citato d.l. 194/2009, convertito in legge 25/10, con il quale si prevedeva l'abrogazione del diritto

d'insistenza e la proroga, in via transitoria, al 31 dicembre 2015 e dopo che, proprio a seguito della lettera di messa in mora complementare, veniva adottata la legge 217/11 con la quale si prevedeva l'abrogazione del rinnovo automatico e, altresì, la delega al Governo ad emanare entro il 17 aprile 2013 un decreto legislativo di riordino della disciplina, la Commissione europea decideva, il 27 febbraio 2012, di chiudere la procedura d'infrazione. Intervenne, poi, il legislatore statale con il d.l. 179/2012⁷¹⁸ a modifica del d.l. 194/2009, con il fine di estendere, questa volta unilateralmente, la proroga al 31 dicembre 2020. La legge 147/2013⁷¹⁹ delegò al Governo di emanare un decreto legislativo di riordino della disciplina entro il 15 maggio 2014.

Il primo tentativo di un riordino complessivo della disciplina delle concessioni demaniali marittime avvenne con lo schema di decreto legislativo ai sensi dell'art. 11, comma II, della succitata legge 217/11 (legge comunitaria 2010), meglio conosciuto come "schema di decreto Gnudi". Il testo in questione rimane, fino ad ora, l'unico tentativo di riordino organico della materia che abbia preso in considerazione le problematiche evidenziate dalla procedura d'infrazione e che abbia tentato di riscrivere la legislazione alla luce dei principi generali del diritto europeo e della direttiva 2006/123/CE. Oltre ad essere riconosciuto il diritto ad un libero e gratuito accesso, nonché alla libera e gratuita fruizione, della battigia, veniva ribadito che i servizi offerti sulle aree in questione non si sarebbero potuti qualificare come servizi pubblici.

⁷¹⁸Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179 Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, GURI n. 245 del 19.10.2012

⁷¹⁹Legge 27 dicembre 2013, n. 147 disposizioni per la formazione del bilancio annual e pluriennale dello Stato (Legge di Stabilità 2014), GURI n. 302 del 27.12.2013;

Per quanto riguarda la durata delle concessioni, va detto che non avrebbe potuto essere inferiore a sei anni e non superiore a venticinque anni. Essa si sarebbe dovuta commisurare all'interesse pubblico, tenuti conto investimenti ed opere. Tuttavia, se già il fatto che la durata della concessione dovesse essere limitata ad un tempo utile affinché il concessionario potesse recuperare gli investimenti costituiva una novità nel panorama legislativo esistente, la vera novità era rappresentata dal fatto che le concessioni demaniali marittime dovessero essere affidate mediante procedure di evidenza pubblica nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Avrebbero dovuto essere poi le amministrazioni concedenti a determinare le modalità in cui le procedure si sarebbero dovute svolgere e a fissare i criteri di selezione e di aggiudicazione. Il criterio previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa: ciò avrebbe, infatti, comportato la possibilità, per le amministrazioni concedenti, di valutare un insieme di parametri nella scelta dell'operatore economico più adeguato. Tuttavia, sulla spinta delle associazioni di categoria, veniva previsto che il canone non dovesse costituire un criterio di valutazione. Da ultimo, veniva altresì prevista la corresponsione di un indennizzo nei confronti del concessionario uscente che non fosse riuscito recuperare gli investimenti.

Se, tuttavia, la "proposta Gnudi" poteva dirsi certamente in linea con i principi generali del diritto europeo, con i Trattati e con la direttiva "Bolkestein", essa, com'è d'altronde facile immaginare, non trovò il consenso della lobby dei concessionari demaniali. Per questa ragione, complice anche la caduta prematura del Governo Monti, il tanto auspicato riordino della disciplina non decollò. A riprovarci, anche se in una

direzione opposta, fu il Governo Letta, attraverso la c.d. “proposta Baretta”, avanzata dai partiti afferenti all’area di centrodestra, che, al contrario, trovò il consenso delle varie sigle sindacali. Tale proposta prevedeva la sdemanializzazione delle aree sulle quali insistono i manufatti e l’alienazione, con diritto di opzione in capo ai concessionari attuali, a prezzo calmierato, delle stesse.

Stando sempre alla proposta di cui sopra, le aree antistanti a quelle interessate dalla sdemanializzazione, sarebbero dovute essere affidate attraverso una procedura di evidenza pubblica nella quale, tuttavia, il proprietario delle aree sdemanializzate, avrebbe dovuto godere di un diritto di prelazione. Il tutto, sempre stando alla proposta, nell’ottica di attuare un bilanciamento tra apertura del mercato e adeguamento al diritto UE da un lato e tutela degli investimenti e della continuità della gestione dall’altro. Sui rischi di un’operazione del genere dal punto di vista del diritto della concorrenza e, in particolare, di possibile violazione della normativa in materia di aiuti di Stato si dirà, approfonditamente, nel prossimo capitolo.

Tuttavia, è d’uopo altresì ricordare come, dal punto di vista del mercato interno, ossia della Libertà di Stabilimento e della Libera Prestazione dei Servizi, una soluzione del genere non potrebbe che essere nuovamente censurata dalla Commissione con il rischio concreto della riapertura di una procedura d’infrazione. Infatti, sia il diritto di opzione per le aree eventualmente sdemanializzate che il diritto di prelazione sulle aree assegnate attraverso evidenza pubblica non farebbero altro che violare gli art. 49 e 56 TFUE, senza contare, poi la Direttiva “Servizi”.

Il legislatore statale presentò un’altra proposta, che, in ordine cronologico, dovrebbe essere anteposta, nell’analisi, alla già esaminata proposta “Gnudi”. Si tratta

del tentativo, da parte del decreto “milleproroghe”, ossia del d.l. 194/2009, convertito dalla legge 25/10, di assecondare le richieste delle varie associazioni di categoria, che domandavano un diritto superficiario di novantanove anni, prevedendo l’istituzione di un diritto di superficie della durata di novanta anni, poi ridotto a venti. Alla fine, tale proposta non fu mai attuata. E’, infatti, pressoché indubbio che una soluzione del genere non sia in linea con il diritto europeo, proprio perché ostacolerebbe o, addirittura, impedirebbe, la libertà di stabilimento favorendo le imprese che si trovino a gestire il demanio marittimo.

Ciò nonostante, l’idea di concedere un diritto di superficie ai prestatori di servizio in questione non fu abbandonata. Il 4 marzo 2014, uno dei partiti di centrodestra facente parte della coalizione di governo, attraverso una sorta di copia e incolla tra ciò che era la proposta “Baretta” e ciò che era previsto nel primo tentativo di istituire un diritto di superficie, arrivava ad avanzare l’idea che sulle aree su cui si trovassero i manufatti avrebbe dovuto essere istituito un diritto di superficie per cinquanta anni che, a sua volta, avrebbe poi dovuto essere assegnato attraverso diritto di opzione ai concessionari uscenti. Per quanto riguardava poi le aree sulle quali non insistevano i manufatti, esse avrebbero dovuto essere assegnate attraverso procedura di evidenza pubblica con diritto di prelazione in capo ai concessionari uscenti.

Appare fuori dubbio che anche una proposta del genere non possa dirsi in linea né con gli artt. 49 e 56 TFEU, né con i principi in materia di appalti pubblici, né con la direttiva 2006/123/CE, proprio in virtù del fatto che la previsione di un diritto di opzione per le aree su cui insistono i manufatti e di un diritto di prelazione per le aree restanti non potrebbero di certo che essere considerate quali restrizioni alla libertà di

stabilimento e alla libera prestazione dei servizi e non potrebbero trovare alcuna giustificazione né tra le deroghe espresse né tra le ragioni imperative di interesse generale. Tuttavia, ammesso e non concesso che una delle due famiglie di eccezioni possa fornire una giustificazione adeguata, è parere di chi scrive che il test del principio di proporzionalità non sarebbe soddisfatto e che, comunque, vi sarebbe una violazione dei diritti fondamentali.⁷²⁰

⁷²⁰Cfr. Capitolo I

Parte II

Portogallo, Croazia, Francia, Spagna

Introduzione

La seconda parte del Terzo Capitolo intende esaminare, seppur in maniera non esaustiva, come i servizi che sono offerti su spazi demaniali in concessione o autorizzazione siano regolati in Portogallo, Croazia, Francia e Spagna. La ragione per la quale si è inteso prendere in considerazione i Paesi summenzionati, risiede nel fatto che essi, oltre a possedere delle caratteristiche geomorfologiche piuttosto simili all'Italia, a seguito della loro legislazione in materia, possono fungere da modello per il caso italiano.

Per ogni Paese si prenderanno in considerazione, pertanto, due aspetti che sono ritenuti salienti: le procedure di selezione e di aggiudicazione e la durata della concessione o dell'autorizzazione. Come si avrà modo di osservare, i due Paesi che meglio sembrano rispondere al diritto primario e al diritto secondario dell'Unione sono la Croazia e la Francia.

3.2.1. Portogallo

La legge 54/2005 sulla titolarità delle risorse idriche⁷²¹ specifica che il demanio idrico comprende il demanio marittimo, il demanio lacustre e fluviale e, altresì, il demanio delle restanti acque e che la titolarità dei beni afferenti al primo gruppo appartiene allo Stato. Il demanio marittimo, pertanto, risulta una specie del più ampio genere del demanio idrico.⁷²²

La legislazione portoghese in materia, figlia di una stratificazione normativa e di recenti riforme mirate, forse, proprio a tentare di prevenire possibili situazioni di conflitto tra normativa statale e normativa europea come, ad esempio, nel caso italiano, si presenta interessante, sia sotto il profilo delle procedure di selezione e di aggiudicazione, sia sotto il profilo della durata delle concessioni o delle autorizzazioni.

Innanzitutto, occorre precisare che le norme di riferimento sono la legge 44/2012⁷²³, che modifica per la sesta volta il vecchio decreto-legge 226-A/2007⁷²⁴, e la legge 17/2014⁷²⁵, che stabilisce gli aspetti basilari della politica di ordinamento e di gestione dello spazio marittimo portoghese e che modifica la legge 58/2005⁷²⁶ sulle

⁷²¹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1377A0023&nid=1377&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=

⁷²² Si veda, in merito, F. Di Lascio, “La Concessione di Spiaggia in Altri Ordinamenti”, in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011.

⁷²³ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1787&tabela=leis

⁷²⁴ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1379&tabela=leis

⁷²⁵ http://faolex.fao.org/cgi-bin/faolex.exe?rec_id=132792&database=faolex&search_type=link&table=results&lang=eng&format_name=@ERALL

⁷²⁶ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1191&tabela=leis

risorse idriche e la relativa riforma intervenuta con il Decreto Legge 130/2012⁷²⁷, nonché le disposizioni di cui al summenzionato Decreto Legge 226-A/2007 che contrastino con la stessa.

Ai sensi dell'art. 16 della legge 17/2014, è, pertanto, ammessa l'utilizzazione privata dello spazio marittimo nazionale. L'art. 17 sancisce che tale utilizzazione privata può aversi o mediante una concessione, una licenza o un'autorizzazione, a prescindere dalla forma giuridica o dalla natura del titolare. Ai sensi del medesimo articolo si prevede che dal titolo all'utilizzazione privata discenda un obbligo, in capo al titolare, di manutenzione delle aree.

L'art. 19 definisce, come utilizzazioni private che necessitano di una concessione, tutte quelle che comportino un uso prolungato nel tempo dello spazio marittimo, ossia un uso ininterrotto che superi i dodici mesi. Tali concessioni possono durare fino a cinquanta anni. L'art. 20, invece, stabilisce che sono soggette a licenze tutte quelle utilizzazioni private che facciano un uso temporario, intermittente o stagionale, dell'area o dello spazio in questione. Queste licenze potranno durare non più di venticinque anni. L'art. 21, inoltre, specifica che si assegnano per autorizzazione tutte quelle utilizzazioni private dello spazio marittimo che, nell'ambito di progetti-pilota, siano relativi a nuove utilizzazioni o ad utilizzazioni tecnologiche o ad attività di carattere commerciale.

Va detto, pertanto, che quelle che, nel caso italiano, si definiscono "concessioni demaniali turistico-ricreative", sono, secondo l'ordinamento portoghese, delle licenze,

⁷²⁷ <http://www.icnf.pt/portal/icnf/legisl/legislacao/2012/decreto-lei-n.o-130-2012-de-22-de-junho-d.-r.-n.o-120-serie-i>

la cui durata, come visto sopra, non può superare i venticinque anni. Ai sensi dell'art. 21(1) lett c) del Decreto-Legge 226-A/2007, così come modificato dalla legge 44/2012, "le installazioni di servizi di spiaggia nelle aree del demanio pubblico" sono licenze che devono essere attribuite attraverso una gara pubblica aperta. Al comma III del medesimo articolo, è descritto il procedimento concorsuale da rispettarsi nel caso in cui l'attribuzione della licenza debba effettuarsi a seguito d'iniziativa della pubblica amministrazione.

In questo caso, l'autorità competente procede alla pubblicità dei termini di utilizzazione attraverso pubblicazione dell'avviso nella Gazzetta Ufficiale, avviso che elencherà le caratteristiche principali della licenza e i criteri di selezione, invitando le parti interessate a presentare domanda entro trenta giorni.

Quando, invece, l'iniziativa parte dal privato, quest'ultimo dovrà fare domanda; questa sarà poi valutata dall'amministrazione e, in assenza di cause che impediscano lo svolgersi del procedimento, l'autorità dovrà pubblicare l'avviso. Le parti interessate hanno trenta giorni per richiedere l'assegnazione o per opporvisi. Trascorso il periodo di tempo di cui sopra senza che vi siano state domande concorrenti, si procederà ad assegnazione ex art. 20, rinnovabile una volta sola e per massimo un anno.

Se, invece, si presenteranno più domande identiche, sarà avviata una procedura concorsuale. In questo caso, però, il primo ricorrente godrà di un diritto di prelazione, purché scelga di conformarsi, entro dieci giorni, all'offerta migliore selezionata durante la gara. Se la gara va deserta, la licenza è attribuita al soggetto privato uscente. Tuttavia, il soggetto uscente che comunichi all'autorità il proprio interesse a continuare nella gestione, entro l'anno precedente alla scadenza della licenza, godrà di un diritto di

prelezione, qualora accetti di sottostare alle condizioni dell'offerta selezionata durante la gara. Per quanto riguarda i criteri di selezione e di aggiudicazione delle licenze, sono stabiliti di volta in volta nel bando.

Ai sensi dell'art. 23(1) lett e), invece, si assegnano mediante concessione servizi quali, ad esempio, installazione e funzionamento simultaneo di attrezzature e servizi di spiaggia di cui all'art. 63(1) e (3) del medesimo Decreto, ossia tutti quei servizi consistenti in spogliatoi, docce, servizi igienici, posti di primo soccorso, comunicazioni di emergenza, informazioni e assistenza dei bagnanti, pulizia delle aree, raccolta rifiuti e servizi di carattere commerciale, nonché ristoranti e bar. Le attività considerate di carattere temporaneo e amovibile, come tende ed ombrelloni, ad esempio, sono assegnate con licenza. In ogni caso, come rubricato all'art 24 del medesimo decreto, l'assegnazione delle concessioni avviene mediante gara aperta. Si seguono le norme in materia di appalti pubblici o di fornitura di beni e servizi.

3.2.2. Croazia

In Croazia, il demanio marittimo è menzionato all'art. 52 della Costituzione, dove si stabilisce che il mare, le spiagge e le isole, insieme agli altri beni ivi elencati, sono d'interesse primario per lo Stato e devono godere di una protezione speciale.⁷²⁸

La situazione croata merita un'attenzione particolare, giacché, se paragonata a quella italiana o a quella portoghese, risulta alquanto all'avanguardia. Il testo normativo di riferimento, diverso dalla legge generale in materia di concessioni, è il *Maritime*

⁷²⁸Cfr. nota *supra*.

*Domain and SeaPorts Act (n. 11/2002)*⁷²⁹, il quale prescrive che il demanio marittimo può essere soggetto ad un uso generale, ad un uso speciale o ad un uso di tipo economico.⁷³⁰

Per quanto riguarda l'uso generale, va detto che esso ha l'obiettivo di soddisfare il diritto della collettività all'utilizzo del bene, in accordo con la propria natura o finalità. Per quanto riguarda, invece, l'uso speciale, esso si riferisce alle tipologie di uso residuale, mentre l'uso che ne comporta uno sfruttamento di tipo economico si riferisce alla valorizzazione di beni demaniali attraverso attività economiche che possono essere esercitate, sia utilizzando strutture già esistenti, sia nuove.⁷³¹ Sia l'uso speciale, sia quello economico richiedono un titolo abilitativo, al fine di non escludere la possibilità di un uso generale dell'area demaniale in questione e di non arrecare pregiudizio all'ambiente.⁷³²

Le tipologie di concessioni che sono disciplinate dalla legge di cui sopra possono essere rilasciate, per un periodo variabile, tra i cinque e i novantanove anni, anche se le concessioni aventi ad oggetto lo sfruttamento economico del demanio marittimo e l'uso o la costruzione di edifici di importanza regionale devono essere rilasciate dalla Contea competente per un periodo non superiore a venti anni.

⁷²⁹Maritime Domain and Sea Ports Act, l. 11/2002, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Croata 158/2003. L'art. 3 contempla che, quali beni demaniali marittimi, debbano essere considerati le coste, i porti, i terrapieni, i banchi di sabbia, le rocce, le scogliere, le spiagge, le foci dei fiumi in mare, i canali ad esso collegati e tutte le risorse naturali, vive o inanimate, poste sul fondale marino.

⁷³⁰Cfr. nota 574 *supra*.

⁷³¹*Ibid.*, Art. 6.

⁷³²*Ibid.*, Art. 7.

Su richiesta del concessionario e previa autorizzazione del governo statale, la Contea può estendere la durata fino ad un massimo di trenta anni, a condizione che ciò sia giustificato da nuovi investimenti o da causa di forza maggiore, come precisato all'art. 22. Se, invece, tali concessioni comportino la costruzione di strutture di rilevanza nazionale, sarà il Governo stesso a rilasciarle e la durata non potrà eccedere i cinquanta anni.

La durata, quindi, varia a seconda che sia il Governo a rilasciare una concessione (cinquanta anni), la Contea (venti anni), il Comune (cinque anni) o, il Governo con l'assenso del Parlamento (novantanove anni). Vigè, in ogni caso, l'obbligo di gara.

La gestione e la protezione del demanio marittimo sono di competenza dello Stato, il quale opera direttamente o attraverso le amministrazioni locali, che, a loro volta, svolgono, altresì, compiti di protezione e cura delle aree demaniali di uso generale.⁷³³

La concessione è uno strumento mediante il quale una determinata parte di demanio marittimo è esclusa dall'uso generale e viene, invece, destinata ad un uso economico privato. Gli obblighi speciali del concessionario riguardano, ad esempio, il mantenimento delle infrastrutture esistenti sulla spiaggia, il servizio di sicurezza nelle spiagge, la sicurezza nell'accesso alla spiaggia per i disabili e la pulizia dell'area.

Lo Stato ha, quindi, come accennato sopra, affidato la gestione delle spiagge ai governi regionali e locali e ad essi ha dato la possibilità di rilasciare le concessioni. E' opportuno sottolineare, come accennato sopra, che la concessione ai fini dello

⁷³³*Ibid.*, Art. 10.

sfruttamento economico del demanio marittimo debba essere rilasciata attraverso una gara pubblica, mentre la concessione ad uso speciale viene rilasciata su richiesta degli interessati.

L'aspetto interessante è che, ai sensi dell'art. 23 della summenzionata legge, nei casi in cui si svolge una procedura competitiva, il rilascio debba essere basato sull'opinione di un Gruppo di Esperti nominato dalle amministrazioni locali o centrali competenti. Quest'autorità per la valutazione delle offerte, denominata "Collegio", è nominata dall'assemblea della Contea, assemblea a sua volta formata da esperti di fama nazionale, come, ad esempio, professori universitari o professionisti.

Il Collegio per la valutazione delle offerte deve essere composto da esperti di pianificazione territoriale, turismo, economia, diritto, traffico marittimo e altre professioni che risultino essere adeguate all'interno dell'area oggetto della concessione.⁷³⁴ Questo genere di concessioni sono rilasciate, come detto sopra, a seconda della loro rilevanza, dal Governo, dalle Contee o dai Comuni.

Il Gruppo di Esperti valuterà, poi, le offerte presentate sulla base dei criteri di aggiudicazione individuati dall'art. 23, facendo riferimento alle disposizioni di settore e all'importanza economica del bene demaniale. Sarà valutato anche l'allineamento con le politiche economiche, di sviluppo e di tutela ambientale adottate dal Governo, nonché la previsione di attività che non pongano limiti all'uso o allo sfruttamento delle aree demaniali adiacenti a quelle oggetto di gara. All'art. 17, inoltre, sono rubricati i criteri di selezione, come la pianificazione tecnica e la capacità organizzativa, nonché le

⁷³⁴ Art. 23.

garanzie finanziarie per la realizzazione del piano d'investimenti, l'impatto ambientale e la qualità dei servizi offerti.

3.2.3. Francia

In Francia⁷³⁵, il demanio marittimo è regolato dal *Code général de la propriété des personnes publiques* (CGPPP)⁷³⁶, in particolare dagli articoli L2111-4 e L2111-5. Il demanio pubblico marittimo naturale comprende suolo e sottosuolo compreso tra il limite esterno del mare territoriale e la riva del mare, suolo e sottosuolo degli stagni salati in comunicazione con il mare, alcune tipologie di laghi salati, nonché le aree riservate alla soddisfazione di bisogni d'interesse pubblico di ordine marittimo, balneare o turistico. Caratteristiche comuni a tutti i beni demaniali sono stabilite dall'art. L3111-2, ossia inalienabilità, imprescrittibilità e possibilità di essere concesso a terzi.

L'art. L2124-1, inoltre, prevede che la decisione su quale uso concedere per un'area di demanio debba tener conto della vocazione delle stesse e, altresì, degli obiettivi di conservazione del litorale e delle risorse biologiche. L'art. L2124-4, inoltre, esplicita un principio generale in base al quale l'accesso alle spiagge e il loro uso debba

⁷³⁵ Sulla situazione francese si veda, *inter alia*, F. Di Lascio, "La concessione di spiaggia in altri ordinamenti", in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011; Sul diritto della proprietà pubblica, AA.VV., *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2008, V ed., p. 20; AA.VV. *La codification du droit des propriétés des personnes publiques*, in AJDA, 2006, p. 1073 ss; C. Bergeal, *Les concessions de plage sont des délégations de service public*, in *Revue française de droit administratif*, 2000, 16; AA.VV., *Evolutions recentes du droit du littoral*, in AJDA, 2005, p. 354 ss.

⁷³⁶ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D2DA410B0E753A751DD61C630B43E69.tpdjo13v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20150204

essere libero e gratuito. Questo principio assume notevole importanza per le concessioni di spiaggia, che non devono impedire la libera circolazione e l'uso del litorale da parte del pubblico lungo tutta la riva del mare.

Ai sensi del medesimo articolo, le concessioni di spiaggia sono assegnate o rinnovate a seguito di un'inchiesta pubblica⁷³⁷ realizzata conformemente al Capitolo III del Titolo II del Codice dell'Ambiente. Le concessioni sono assegnate, in via prioritaria, ai Comuni o alle associazioni di Comuni o, qualora queste ultime rinuncino al loro diritto di prelazione, a persone giuridiche pubbliche o private, una volta, però, espletata una procedura concorrenziale ben pubblicizzata. Le eventuali sub-concessioni devono essere comunque pubblicizzate da parte del concessionario.

In altre parole, nel caso francese, i concessionari sono, di norma, le pubbliche amministrazioni che poi, a loro volta, aggiudicano in sub-concessione le aree ai privati. Come disciplinato dall'art. R2124-13 CGPPP, lo Stato può accordare sul demanio pubblico marittimo delle concessioni che abbiano per oggetto la gestione, lo

⁷³⁷Istituto di partecipazione tipico del diritto francese, nel quadro della c.d. *démocratie de proximité* di cui alla legge 2002-276 e attuato ogniqualvolta un progetto o la costruzione di un'infrastruttura comporti rischi, anche solo in potenza, per l'ambiente o per la salute della collettività oppure è in grado di porre in contrasto interessi confliggenti. Attraverso la suddetta inchiesta, pertanto, si informa la generalità dei consociati sull'azione che s'intende intraprendere, raccogliendo opinioni, controproposte, affinché l'amministrazione procedente abbia tutti gli elementi necessari al raggiungimento di una decisione condivisa. Si veda, *inter alia*, L. Casini, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2007, 1, pag. 176 ss. Per un quadro completo in materia di strumenti attuativi della democrazia partecipativa francese, si veda, *inter alia*, AA.VV. *Information et participation du public*, in *AJDA*, 2006, 42, p. 2314 ss.

sfruttamento e il mantenimento delle spiagge. Il concessionario è autorizzato a occupare una parte dello spazio concesso per installarvi e sfruttare delle attività destinate a rispondere ai bisogni del servizio pubblico balneare. In ogni caso deve essere garantito l'utilizzo libero e gratuito delle spiagge, la preservazione dei luoghi, delle risorse biologiche e la vocazione delle aree limitrofe. La durata delle concessioni, in questo caso, non potrà superare i dodici anni.

Il concessionario può affidare le aree in questione in sub-concessione attraverso delle convenzioni. Tuttavia, sarà sempre il primo a rimanere personalmente responsabile, sia verso lo Stato, sia verso i terzi, degli obblighi di vigilanza, dotazione, conservazione, pulizia, imposti allo stesso dal contratto di concessione. La data delle convenzioni di sfruttamento, ossia delle subconcessioni, non può superare quella della concessione.

All'art. R2124-16 è stabilito che, oltre al rispetto dei principi in materia di Codice dell'Ambiente, occorre garantire che almeno l'80% della lunghezza e l'80% della superficie della spiaggia siano libere da ogni infrastruttura o installazione. Nel caso in cui si tratti di una spiaggia artificiale, il limite massimo può essere ridotto al 50%. Sono permesse, inoltre, solamente infrastrutture amovibili e trasportabili che non presentino alcun elemento che li ancori in maniera durevole al suolo⁷³⁸ e, i cui costi siano compatibili con la vocazione demaniale e con la relativa durata di occupazione. Inoltre, tali equipaggiamenti, dovranno garantire che, allo scadere della concessione, l'area possa essere riportata allo stato iniziale. Fanno eccezione, in quanto a amovibilità,

⁷³⁸C. Maugué, *La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages*, in AJDA, 2006, 27, pag 1496.

le strutture sanitarie o di sicurezza, nel rispetto, comunque, delle norme urbanistiche. Ai sensi dell'articolo R2124-20, inoltre, le concessioni e le convenzioni di sfruttamento non possono costituire alcun tipo di diritto reale.

Per quanto riguarda, invece, l'attribuzione delle concessioni di spiaggia, si fa riferimento all'art. R2124-21. Quando il Prefetto rilascia o rinnova una concessione o quando è investito di una domanda per l'ottenimento della stessa da parte di un soggetto che non è né il Comune, né un'associazione di Comuni competente, informerà questi ultimi che avranno due mesi di tempo per fare valere il proprio diritto di prelazione. I Comuni o l'associazione di Comuni che intenderà avvalersi del proprio diritto di prelazione, avrà sei mesi di tempo per comunicare al Prefetto tutta una serie di documenti necessari di cui all'art. R2124-22. Ne segue una fase istruttoria amministrativa e un'inchiesta pubblica di cui agli artt. R2124-26 e R2124-27.

Nel caso in cui, invece, il diritto di prelazione di cui godono i Comuni e le loro associazioni non sia stato fatto valere, l'attribuzione della concessione deve avvenire nel rispetto della procedura di cui all'art. 38 della legge 93-122/1993.⁷³⁹ Quest'ultimo, modificato di recente dall'art. 16 della legge 2014-873, disciplina l'affidamento da parte di una persona giuridica di diritto pubblico, per contratto, di una missione di servizio pubblico a una persona giuridica pubblica o privata, la cui remunerazione è legata ai risultati di sfruttamento del servizio.

La procedura, nel rispetto del principio di pubblicità, pertanto, deve consentire la presentazione di più offerte concorrenti, nel rispetto delle condizioni disposte per decreto dal Consiglio di Stato. L'autorità compila la lista dei candidati ammessi a

⁷³⁹<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604>

presentare un'offerta dopo la disamina delle garanzie professionali e finanziarie e della loro attitudine ad assicurare la continuità del servizio pubblico e l'eguaglianza degli utenti. L'autorità indirizza, quindi, a ogni candidato, un documento che definisce le caratteristiche quantitative e qualitative delle prestazioni e, nel caso, le tariffe da applicare all'utenza. Le offerte presentate sono poi liberamente negoziate dall'autorità che, alla fine del negoziato, sceglie il c.d. delegatario di servizio pubblico.

Ciò detto, ai sensi dell'art. R2124-24, i candidati che sono ammessi a presentare le offerte devono consegnare, al Prefetto, i documenti di cui all'art. R2124-22. Il progetto scelto deve comunque passare attraverso un'istruttoria di tipo amministrativo e attraverso l'inchiesta pubblica di cui sopra, nonché attraverso pareri di cui all'art. R2124-27. Una volta terminata l'inchiesta pubblica, il Prefetto si pronuncia sulla domanda di concessione. Ogni anno, ai sensi dell'art. R2124-29, il concessionario presenta allo Stato un rapporto contenente lo stato finanziario, sia in investimenti, sia in funzionamento, nonché un'analisi dell'andamento della concessione.

Nel caso in cui, invece, ai sensi dell'art. R2124-31 CGPPP, il concessionario sia un ente territoriale e quest'ultimo decida di stipulare delle convenzioni di sfruttamento del demanio marittimo, si farà riferimento alla procedura descritta agli artt. L1411-1 a L1411-10 e L1411-13 a L1411-18 del *Code général des collectivités territoriales* (CGCT).⁷⁴⁰ Ai sensi dell'art. L1411-1 CGCT, ad esempio, si descrive che cosa sia una

⁷⁴⁰ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=6D2DA410B0E753A751DD61C630B43E69.tpdjo13v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20150204

delegazione di servizio pubblico⁷⁴¹, ossia un contratto con cui una persona giuridica di diritto pubblico conferisca la gestione di un servizio pubblico di cui ha la responsabilità, a un delegatario pubblico o privato, la cui remunerazione sarà legata ai risultati dello sfruttamento del servizio.⁷⁴²

⁷⁴¹In materia di servizi pubblici si veda, *inter alia*, B. Seiller, *Evolution de la conception française du service public et de son dualisme*, JCP A 2007, p. 2097; C. Coppoloni, *La conception française du service public, défaite ou conquete*, JCP A 2007, p. 2101; M. Korpenschiff, *Le financement des services d'interet économique général simplifié et sécurisé*, JCP A 2012, 2006; C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public*, Moniteur, 2007; B. Gerentes, *La délégation de service public*, Territorial, 2007; D. Moreau, L. Richer, C. Delarc, *Les marchés de service public: un nouveau mode de gestion des services publics*. I servizi pubblici sono affidati a una persona di diritto privato che assume su di sé una missione d'interesse generale, sotto, comunque, il controllo della pubblica amministrazione e che è dotata, a questo fine, di poteri propri del settore pubblico per eseguire il servizio. Ai fini dell'inquadramento di un'attività quale servizio pubblico, si valuta, innanzitutto, l'interesse generale dell'attività stessa, le condizioni della sua creazione, l'organizzazione, il funzionamento, gli obblighi imposti e le misure atte alla verifica che i suddetti obblighi siano adempiuti.

⁷⁴²La delegazione avviene, pertanto, per contratto e, in maniera pressoché totale, ad una persona di diritto privato. Si tratta, pur sempre, di un contratto ad *intuitu personae*. La remunerazione proviene dai risultati dello sfruttamento economico e il rischio, come accade per tutte le concessioni, passa al delegatario. Si veda, CE 1996, *Préfet des Bouches du-Rhone*, CE p. 137; CE 1999, *Synd.mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais*, AJDA 1999, p 714. Tra la dottrina, si segnala J.B. Auby, C. Maugué, *Les contrats de délégation se service public*, JCP G 1994 I, p 3743; J.C. Douence, *Les contrats de délégation de service public*, RFD adm. 1993, p. 941; E. Delacour, *Evolution de la délégation de service public depuis dix ans: Collectivités-Intercommunalité 2003*; Y. Delaire, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Lerrault, 2003; J. D. Dreyfus, *Le définition légale des délégations de service public*: AJDA 2002; C. de Aranjó, *Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la*

Tali delegazioni sono comunque sottoposte ad una procedura di pubblicità⁷⁴³ che permetta la presentazione di più offerte concorrenti, nelle condizioni previste per decreto dal Consiglio di Stato.⁷⁴⁴ La commissione di cui all'art. L1411-5 CGCT compila la lista dei candidati da ammettere alla presentazione di un'offerta una volta esaminate le loro garanzie professionali e finanziarie, del rispetto degli obblighi in materia di lavoratori disabili, come previsto dal codice del lavoro, e della loro attitudine ad assicurare la continuità del servizio pubblico e l'eguaglianza degli utenti. L'ente territoriale consegna a ciascun candidato un documento che definisca le caratteristiche quantitative e qualitative delle prestazioni, così come le tariffe da applicare all'utenza. Le offerte sono poi liberamente negoziate dall'autorità che, successivamente, sceglie il delegatario.

Le convenzioni di delegazione di servizio pubblico devono, quindi, avere durata limitata.⁷⁴⁵ Si dovrà tenere conto, ad esempio, della natura e dell'ammontare degli

procédure de délégation de service public, AJDA 2010, p. 690; D. Doldani, *La délégation de service public, so fonction, ses critères*, RFDA 2010, p. 114.

⁷⁴³Cons. Const. 2 febbraio 1995, déc n. 95-361 DC; RJC 1995, p. 633; LPA 20 ottobre 1995, 126, p. 5.

⁷⁴⁴La giurisprudenza ha affermato che l'affidamento del servizio pubblico non è protetto dalle norme in materia di concorrenza: CE 2007 *Société sps Tarbes*, JCP A 2007, 2316. Sul punto si veda, anche, G. Kafleche, *Secteur public et concurrence: la convergence des droits*, AJDA 2007, p. 2420.

⁷⁴⁵Se non vi è alcuna limitazione di durata, la convenzione sarà illegittima: CAA Nantes, 27 giugno, Cne de Contre: AJDA p. 820, nota di J.D. Dreyfus.

investimenti da realizzarsi e non si potrà oltrepassare la durata fisiologica degli ammortamenti delle installazioni effettuate dal delegatario.⁷⁴⁶

Ai sensi dell'art. R2124-31 CGPPP, quindi, una volta che il concessionario avrà compilato la lista dei candidati ammessi a presentare un'offerta, esaminerà, oltre alle garanzie professionali e finanziarie, l'attitudine ad assicurare l'accoglienza del pubblico durante il periodo di sfruttamento, così come la preservazione del demanio stesso. I progetti di convenzione di sfruttamento sono sottoposti per accordo al prefetto, una volta firmati dal concessionario. Vale la regola del silenzio-assenso.

Qualora invece il concessionario non sia un ente territoriale e decida di stipulare una convenzione di sfruttamento, ai sensi dell'art. R2124-32, si dovrà procedere nel rispetto del principio di pubblicità, per permettere la presentazione di più offerte concorrenti. L'esigenza di pubblicità sarà soddisfatta con l'inserzione dell'annuncio in una pubblicazione abilitata a ricevere annunci legali diffusi localmente, nonché su pubblicazioni specializzate di settore. Saranno precisate la data ultima per presentare le offerte di candidatura, le modalità di presentazione e le caratteristiche essenziali richieste.

Anche in questo caso, quando il concessionario compila la lista dei candidati ammessi a presentare un'offerta, esaminerà, oltre alle garanzie professionali e finanziarie, l'attitudine ad assicurare l'accoglienza del pubblico durante il periodo di apertura autorizzato. Le offerte sono poi liberamente negoziate dal concessionario, il

⁷⁴⁶Una convenzione non può contenere clausole che restringano, impediscano o falsino la concorrenza: CE Synd. Prof. Des exploitants indépendants des reseaux d'eau et d'assainement AJDA 2003, p. 1150.

quale, al termine delle negoziazioni, procederà alla scelta del sub-concessionario. Anche in questo caso vale la regola del silenzio-assenso nei confronti del prefetto.

L'art. R2124-34 prevede che, se specificato nella convenzione, il sub-concessionario, possa trasferire la delegazione al coniuge o alla persona cui è legato con patto civile di solidarietà, a ascendenti o discendenti, ma solo per la durata restante della concessione. Nella convenzione potrebbe essere previsto anche che, in caso di decesso del concessionario, il coniuge, gli ascendenti o i discendenti possono, entro sei mesi, con domanda al concessionario, vedersi trasferita la convenzione, ma solo per la durata restante.

Nel caso francese, quindi, il concetto di concessione demaniale e quello di concessioni balneari non sono sinonimi, proprio in virtù del fatto che, queste ultime sono considerate delle delegazioni di servizio pubblico, ossia, in altre parole, delle concessioni di servizi vere e proprie.⁷⁴⁷

Il rispetto della procedura di evidenza pubblica, che, almeno a livello interno, sembra non trovare accoglimento per le concessioni demaniali⁷⁴⁸, per le quali, a detta della giurisprudenza, non ci sarebbe né un testo né un principio che richieda che esse siano aperte alla concorrenza, è consolidato, invece, per quanto attiene alle concessioni balneari, proprio in virtù del fatto che, come accennato sopra, esse sono considerate, dall'ordinamento francese, delegazioni di servizio pubblico.⁷⁴⁹ Tuttavia, se, da un lato è

⁷⁴⁷CE 2000 *SARL Plage chez Joseph et Fed. Nationale des plages et restaurants*, n. 212100 e 212101, Lebon 282; CE 2005 *M Tomarelli, Cne de Ramatuelle*, req. 255987 e 256200, Lebon Y 875.

⁷⁴⁸CE 2010, *Ville de Paris c. Société Paris Tennis*

⁷⁴⁹Cons. Const. 20 gennaio 1993, n 92-316 DC, secondo cui la pubblicità risponde all'obiettivo di favorire un eguale accesso al rilascio delle delegazioni di servizio pubblico.

vero che il principio di pubblicità debba essere rispettato, è altrettanto vero che non è richiesta alcuna pubblicità su scala europea.⁷⁵⁰

3.2.4. Spagna

Il caso spagnolo, invece, si manifesta interessante, in virtù del fatto che, come poi si avrà modo di vedere nel Terzo Capitolo del presente lavoro, è stato ed è ancora spesso additato, erroneamente, come esempio lampante di come sia possibile escludere le concessioni demaniali marittime dal campo di applicazione della Direttiva 2006/123/CE.⁷⁵¹

Infatti, sia le associazioni di categoria, sia alcuni partiti e alcuni politici appartenenti a una sorta di schieramento trasversale, hanno affermato e affermano che la Spagna avrebbe approvato una riforma volta ad escludere le concessioni balneari dall'applicazione della Direttiva "Servizi" e a prorogarne la durata per un periodo piuttosto lungo (sic).

⁷⁵⁰CE 2011 *Commune de Ramatuelle*.

⁷⁵¹In ogni caso, come evidenziato all'interno del Secondo Capitolo, ammesso e non concesso che la Direttiva "Servizi" non sia applicabile, le concessioni di cui sopra rimarrebbero comunque sottoposte al diritto primario e ai principi che da esso discendono. La Direttiva, infatti, non solo non ha creato nulla di nuovo, ma altro non ha fatto se non codificare la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed esplicitare ciò che già, a livello normativo, era contenuto nei Trattati. E' d'uopo, infatti, sottolineare come la prima lettera di messa in mora nella procedura d'infrazione contro l'Italia 4808/2008 non eccepiva una violazione della Direttiva 2006/123/CE, che non era ancora entrata in vigore, ma una violazione dei Trattati stessi. Solo con la lettera di messa in mora complementare, infatti, si fece riferimento all'art. 12 della Direttiva "Servizi".

In realtà, il quadro normativo che veniva e viene dipinto, non esiste. La presunta riforma di cui sopra nulla ha avuto a che fare con le concessioni balneari.⁷⁵² Si trattava, infatti, della ormai già entrata in vigore *Ley de Costas* del 2013⁷⁵³, volta a sanare la presenza di immobili privati, acquistati in precedenza da cittadini spagnoli ed europei, sul demanio marittimo.⁷⁵⁴

In altre parole, la nuova legge ha esteso la durata di tali concessioni da trenta a settantacinque anni, permettendo, altresì, ai proprietari di tali immobili, di vendere, previa autorizzazione, la concessione, e di ristrutturare, senza tuttavia avere la possibilità di aumentarne il volume, l'altezza o la superficie, gli edifici in questione. Nulla a che vedere, quindi, con le concessioni balneari. Non si tratta, infatti, di imprese deputate alla gestione economica del demanio marittimo, ma di privati cittadini proprietari di immobili acquistati precedentemente e legalmente costruiti che sono, in seguito, divenuti illegali per via del fatto che si trovavano sul demanio.

Detto questo, occorre comunque esaminare come e per quanto tempo, invece, siano aggiudicate le concessioni che sono oggetto del presente lavoro. Innanzitutto occorre dire che la zona marittimo-terrestre, le spiagge, il mare territoriale e le risorse naturali della zona economica e della piattaforma continentale, come disposto dall'art. 132(2) della Costituzione del 1978, sono inserite tra i beni del demanio pubblico statale. La regolazione di tali beni è, comunque, affidata alla legge, sempre nel rispetto dei

⁷⁵²http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-880_en.htm

⁷⁵³<http://boe.es/boe/dias/2013/05/30/pdfs/BOE-A-2013-5670.pdf>

⁷⁵⁴Sulla riforma della *Ley de Costas* e le c.d. "enclave private", si veda, *inter alia*, E. Desentado Daroca, "La Reforma de la Ley de Costas por la Ley 2/2013: una solución adecuada al problema de los enclaves privados?" in *Revista de Administración Pública*, 193/2014.

principi di cui all'art. 132(1) della Costituzione, vale a dire i principi di inalienabilità, imprescrittibilità e impignorabilità.

Tale disposto costituzionale, dopo essere stato specificato dalla vecchia Ley de Costas, ossia la legge 22/1988⁷⁵⁵, è stato attuato dalla novella intervenuta il 29 maggio del 2013, e dal regolamento ad essa collegato⁷⁵⁶, ossia dalla *Ley de Costas* menzionata sopra, che tanto ha fatto discutere anche in Spagna, proprio perché giudicata dai più molto permissiva, in termini di protezione dell'ambiente, rispetto alla sua antecedente. L'art. 3 della vecchia legge, modificato dalla novella del 2013, contiene sempre i beni del demanio marittimo-terrestre, mentre il vecchio art. 4 individua altri beni che, avendo caratteristiche simili ai primi, vengono annessi alla medesima categoria demaniale dei primi.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵<https://www.boe.es/boe/dias/1988/07/29/pdfs/A23386-23401.pdf> . Si veda, come evidenziato da F. Di Lascio, op. cit., *inter alia*, M. Jesùs Montoro Chenier, *La Ley de Costas. Un proyecto viable?* In *Civitas*, 1988, 58, p. 181 ss; P. Rodríguez Lòpez, *Playas y costas en el derecho español. A proposito de la Ley de Costas de 1988*, Bosch Editor, 2010; P. Rodríguez Lòpez, *Comentarios a la ley de costas: doctrina y jurisprudencia*, Dijusa International, 2003; AA.VV., *La Ley de Costas y su reglamento*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2000; J. Gonzales Salinas, *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, 2000; J.R. Calero Rodríguez, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, 1995; A. Moreno Cànoves, *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, 1990; J.L. Meilà Gil, *El Concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de Ley de Costas*, in *Civitas*, 1989, 59.

⁷⁵⁶<http://www.boe.es/boe/dias/2014/10/11/pdfs/BOE-A-2014-10345.pdf>

⁷⁵⁷Come evidenziato da F. Di Lascio, op. cit., cfr. V. Manteca-Valdelande, *El dominio publico marítimo-terrestre: clasificaciòn y definiciòn de los bienes que lo integran*, in *Actualidad Administrativa*, 2002, 4; M. del Pino Rodríguez Gonzàlez, *El dominiò pùblico marítimo terrestre*, in J.V. Gonzàlez García (a cura di), *Derecho de los bienes pùblicos*, Tirant lo Blanch, 2005.

Nonostante i beni appartengano allo Stato, le competenze gestionali appartengono alle *Comunidades Autonomas*, che le esercitano in collaborazione con gli Enti Locali.⁷⁵⁸ La legge prevede tre tipologie di usi: un uso comune, un uso speciale e l'occupazione privata. Solo questi ultimi due necessitano di un titolo abilitativo. In merito alle c.d. concessioni di spiaggia, va detto che, nel caso spagnolo, i servizi turistici, in quanto amovibili, non necessitano, di una concessione, ma di una mera autorizzazione, mentre le concessioni si rilasciano per le attività inamovibili.

Le autorizzazioni sono, quindi, rilasciabili per le strutture e attività di cui all'art. 34(1) e possono formare l'oggetto di un'informativa pubblica, se ciò è specificato in disposizioni di natura regolamentare. Per quanto riguarda le concessioni, invece, la legge rimette alla discrezionalità dell'amministrazione la decisione relativa alla convocazione della gara e stabilisce che, nella selezione, debbano essere rispettati i principi di pubblicità, obiettività, trasparenza e concorrenza. Per quanto riguarda la durata dell'autorizzazione, la novella del 2013, all'art. 52, stabilisce che non può superare i quattro anni, mentre per quanto riguarda le concessioni, essa stabilisce, all'art. 66, che deve essere rapportata in ragione degli usi della stessa, ma che, in ogni caso, non potrà essere superiore ai settantacinque anni.

⁷⁵⁸Sentenza della Corte Costituzionale n. 149/1991. Si veda, sul punto, L. Fajardo Spinola, *Coordinacion de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa*, in *Revista de Administracion Publica*, 1992, 128, p. 235 ss.

Conclusioni

Nel terzo capitolo si è delineato il quadro normativo relativo all'ordinamento giuridico italiano e agli ordinamenti di Portogallo, Croazia, Francia e Spagna, in quanto ritenuti, per lo meno in materia di concessioni demaniali marittime, comparabili a quello italiano. Infatti, com'è stato esplicitato sopra, le condizioni geomorfologiche dei quattro Stati Membri ivi considerati sono piuttosto simili, anche se, com'è stato precisato, le soluzioni giuridiche trovate sono diverse tra loro.

Mentre, infatti, il legislatore italiano versa in uno stato di stallo venutosi a creare dopo l'apertura della procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea, gli altri Stati presi in considerazione contemplano, in riferimento ai servizi che sono oggetto della presente ricerca, sia una durata limitata delle concessioni o delle autorizzazioni, nonostante Portogallo e Spagna prevedano una durata eccessivamente lunga, sia una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione delle stesse.

I due sistemi più avanzati sembrano essere quello croato, dove è richiesto l'intervento di una commissione di esperti, e quello francese, che addirittura considera quelle che in Italia sono concessioni demaniali marittime come delle concessioni di servizio pubblico.

CAPITOLO QUARTO

Servizi offerti su spazi in concessione e aiuti di Stato.

Introduzione.

Dopo aver esaminato le problematiche giuridiche in materia di servizi offerti su spazi in concessione alla luce dei Trattati⁷⁵⁹, della Giurisprudenza⁷⁶⁰ e del diritto secondario⁷⁶¹, e, dopo aver aperto una concisa comparazione tra quello che succede nel caso italiano e ciò che accade in altri Stati Membri⁷⁶², occorre affrontare il discorso alla luce della normativa in materia di aiuti di Stato.

In altre parole, questo capitolo, che risulterà inevitabilmente suddiviso in due sottoparti, andrà a rispondere alla domanda: “Potrebbe lo *status quo* in cui versano le concessioni demaniali marittime o, alternativamente, un’eventuale sdemanializzazione delle stesse far scattare l’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato”? Questa domanda, naturalmente, ne comporta un’altra, di natura complementare, ma altrettanto necessaria: “Qual è la regolamentazione che scongiurerebbe un’ipotetica applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato o che, comunque, pur non escludendone l’applicazione, permetterebbe una sorta di esenzione dalle stesse?”

⁷⁵⁹ Si veda il capitolo I del presente lavoro;

⁷⁶⁰ *ibid.*

⁷⁶¹ Si veda il capitolo II del presente lavoro;

⁷⁶² Si veda il capitolo III del presente lavoro;

A questi interrogativi si cercherà di rispondere all'interno del presente capitolo. Nonostante, infatti, l'autore si renda conto delle probabili reazioni di natura intellettuale che tale capitolo potrebbe suscitare nel lettore - il quale si troverà in seria difficoltà nel riconoscere, almeno a prima a vista, il nesso scientifico tra servizi resi su spazi affidati in concessione, e cioè beni, da un lato e aiuti di stato e disciplina in materia di aiuti di Stato dall'altro- è d'uopo chiarire sin da subito che questa ricerca intende dimostrare come, nonostante la base giuridica della Direttiva "Servizi" e della normativa "appalti"⁷⁶³ risieda nel mercato interno⁷⁶⁴, la problematica riguardante i suddetti servizi potrebbe manifestare le caratteristiche proprie di un caso di aiuto di Stato.⁷⁶⁵

Dopo aver esaminato quali siano i presupposti necessari affinché possa delinearsi l'applicabilità della normativa in materia di aiuti di Stato, si analizzerà, altresì, la possibilità che i servizi resi su spazi in concessione, quali, ad esempio, le concessioni demaniali marittime, possano essere considerati quali servizi di interesse economico generale (SIEG). L'eventuale fondatezza di tale tesi potrebbe ripercuotersi, poi, sull'applicabilità degli artt. 107ss TFUE alle situazioni oggetto del presente lavoro.

⁷⁶³ Si veda il capitolo II del presente lavoro;

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ Sebbene la normativa in materia di mercato interno, e, quindi, in materia di appalti pubblici segue delle linee apparentemente diverse rispetto alla normativa in materia di concorrenza, ciò che appare sempre più evidente è una vera e propria convergenza tra le due summenzionate branche del diritto economico europeo; si veda, sul punto A. Sánchez Graells, "Public Procurement and Competition Rules", Hart Publishing, 2011; Si veda anche J. B. Cruz, "Between Competition and Free Movement", Hart Publishing, 2002.

4.1. Aspetti rilevanti della normativa in materia di aiuti di Stato.

Prima di entrare nel merito dell'analisi giuridica sull'applicabilità o meno della normativa in materia di aiuti di Stato alle situazioni che sono oggetto della presente trattazione, è d'uopo richiamare, seppur in maniera non esaustiva, gli aspetti maggiormente rilevanti della normativa sugli aiuti di Stato.

Come ricordato da autorevole dottrina⁷⁶⁶ e dalla giurisprudenza stessa⁷⁶⁷, la nozione di "aiuto" richiede che vi sia o un intervento diretto da parte dello Stato o attraverso risorse dello stesso; in altre parole è richiesto che quest'ultimo sostenga un qualche onere finanziario con l'effetto di apportare un vantaggio in capo a uno o più beneficiari che, a loro volta, devono vedere un miglioramento della propria posizione finanziaria.

Quando si tratta, poi, di transazioni commerciali, perché ci si trovi ad avere a che fare con un aiuto, occorre verificare che l'impresa beneficiaria abbia ricevuto un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto a condizioni di mercato.⁷⁶⁸ Si parla di "aiuto", ad esempio, anche quando un bene viene venduto ad un'impresa ad un prezzo

⁷⁶⁶ C. Quigley, "EU State Aid and Policy", Hart Publishing, 2009;

⁷⁶⁷ Causa 82/77, *Van Tiggele*, Conclusioni AG Capotorti, [1978] 00025, par. 52; Causa C-241/94, *Francia c. Commissione*, [1996] I 04551, par. 34; Causa C-280/00 *Altmark*, [2003] I 07747, par. 77; Causa C-172/03, *Haiser*, [2005] I 01627, par. 27; Causa C-237/04, *Enirisorse*, [2006] I 02243;

⁷⁶⁸ C. Quigley, "EU State Aid and Policy", Hart Publishing, 2009;

ridotto.⁷⁶⁹ Ciò che rileva, comunque, è che il “vantaggio” debba essere determinato da un confronto con un *benchmark* nazionale.⁷⁷⁰

Se, da un lato, l’aiuto di Stato, come ricordato sopra, per essere tale, deve essere imputabile allo stato o deve essere finanziato attraverso risorse pubbliche, occorre altresì distinguere tra l’esercizio di un’attività economica, che richiede l’applicazione del cosiddetto “principio dell’investitore privato” e l’esercizio di attività proprie di una pubblica autorità, come, ad esempio, tutte quelle attività che per loro natura o per loro scopo siano connesse con l’esercizio di poteri che sono tipici di una pubblica amministrazione.

Degno di nota appare anche il caso in cui lo Stato crei, attraverso il proprio potere regolamentare, del valore patrimoniale.⁷⁷¹ Questo è il tipico caso in cui lo Stato, in qualità di regolatore, vada a creare beni o strutture che siano, poi, possedute e sfruttate da una o più imprese. Si valuta sempre la presenza di due condizioni imprescindibili per poter parlare di “agevolazione”: ossia se vi sia o meno un valore economico e se vi sia o meno il trasferimento di risorse imputabili, direttamente o indirettamente, allo Stato.⁷⁷² Naturalmente, qualora la misura interessi la totalità degli operatori interessati senza alcuna distinzione non vi sarà aiuto di Stato.

⁷⁶⁹ Causa 40/75, *Bertrand SA*, [1976] I 00001, par. 2; Cause riunite 67, 68 70/85 *Vander Kooy*, [1988] I 00219, par. 28.

⁷⁷⁰ Causa C-73/03, *Spagna c Commissione*.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² Causa C-431/07, *Bouygues Télécom SA*, [2009] I 02665;

Come ricordato da autorevole dottrina⁷⁷³, un tipico esempio di un siffatto schema consisterebbe proprio nel caso in cui lo Stato stabilisca un sistema in cui le imprese possano commercializzare quote di emissione: in questo caso, già per il solo fatto che tali quote di emissione sono state rese commercializzabili, si sarebbe di fronte alla creazione di valore patrimoniale (intangibile) e, quindi, all'impiego di risorse pubbliche.⁷⁷⁴

Fatte queste premesse, occorre verificare quali siano i presupposti per l'applicazione dell'art. 107 TFUE: oltre alla condizione necessaria, ma non sufficiente, che l'aiuto debba provenire dallo Stato o da risorse dello stesso, affinché la suddetta norma sia applicabile, vi devono essere delle imprese che ricevono, materialmente, un'agevolazione. Inoltre, è importante ricordare come, per parlare di aiuto, tale agevolazione debba garantire un vantaggio di tipo selettivo all'impresa in questione.

Affinché tale condizione sia soddisfatta, naturalmente, la misura in esame deve applicarsi a certune imprese che producano alcuni beni o servizi e non, in maniera più generale, alla totalità delle imprese in uno Stato Membro. Infatti, tutte le misure che abbiano una genuina portata generale non saranno aiuti di stato. Tuttavia, è d'uopo precisare che le misure applicabili a un intero settore potranno risultare selettive se rapportate ad altri settori, mentre misure che interessino alcune imprese all'interno dello stesso settore, saranno sicuramente selettive e discriminatorie.

Un ulteriore elemento da considerare nella verifica delle sussistenze delle condizioni di applicabilità dell'art. 107 (1) TFUE è quello della distorsione della

⁷⁷³Cfr. Nota 777 supra;

⁷⁷⁴ Causa T-233/04, *Paesi Bassi c Commissione*, [2008] I 00591;

concorrenza. La misura in questione, infatti, dovrà, per essere considerata un aiuto di Stato, distorcere o minacciare la distorsione della concorrenza favorendo alcune imprese o la produzione di alcuni beni o servizi. Non occorre una prova reale, quanto, piuttosto, l'analisi del mercato del prodotto e del mercato geografico. Quando, ad esempio, una data misura rafforzi la posizione di un'impresa rispetto ad altre imprese concorrenti nel mercato intra-UE, si sarà di fronte, probabilmente, ad un aiuto di stato.⁷⁷⁵

Infine, affinché si possa parlare di "aiuto", occorre che vi sia un effetto sul mercato UE. E', tuttavia, importante ricordare che la dimostrazione di tale effetto non risulterà particolarmente difficile, visto che, ad esempio, un'eventuale liberalizzazione di una data attività economica a livello UE potrebbe essere sufficiente ad indicare un reale o, anche potenziale, effetto dell'aiuto in questione, sulla concorrenza e sul commercio tra Stati Membri.⁷⁷⁶

Come dimostrato dalla giurisprudenza nel campo dei servizi pubblici locali, in una sentenza molto nota agli addetti ai lavori⁷⁷⁷, non è necessario, ai fini della prova dell'effetto della misura sul commercio tra Stati Membri, che il beneficiario dell'aiuto sia economicamente attivo su scala UE.

Per quanto riguarda la disciplina degli aiuti di stato in rapporto alle transazioni commerciali, invece, ossia a tutte quelle operazioni che comportano l'acquisizione di beni o servizi o che comportano investimenti, il principio cardine rimane quello

⁷⁷⁵ Causa C-730/79, *Philip Morris*, [1980] I 02671;

⁷⁷⁶ Cfr. Nota 777 supra.

⁷⁷⁷ Causa C-280/00 *Altmark*, [2003] I 07747;

enunciato dall'Avvocato Generale Slynn⁷⁷⁸: si può parlare di aiuto di stato solo se il beneficiario ha ottenuto un vantaggio che non avrebbe mai avuto se si fosse verificato il normale corso delle cose.

L'Avvocato Generale Jacobs, in *Spagna c. Commissione*, ha sostenuto che fondi che sono stati resi disponibili nei confronti di un'impresa che, nel corso normale degli eventi, non otterrebbe da parte di nessun investitore privato, devono essere considerati quali agevolazioni. Così veniva, quindi, definito il già menzionato “principio dell'investitore privato”: nel contesto delle relazioni commerciali è necessario stabilire se il ricevente ottenga un vantaggio economico che non avrebbe mai avuto a condizioni normali di mercato.⁷⁷⁹

Ciò che serve resta, quindi, una giustificazione di tipo commerciale per la transazione in questione; è necessario, in altre parole, accertare se un operatore privato in possesso delle stesse informazioni detenute dall'autorità pubblica, porterebbe a termine la stessa e identica transazione commerciale.

Per quanto riguarda, invece, il rapporto tra aiuti di Stato e corrispettivi contrattuali, è sufficiente che il beneficiario abbia corrisposto una cifra minore rispetto a quanto avrebbe dovuto versare. Infatti, come ormai appare chiaro, quando si parla di accordi contrattuali, non si può escludere a priori la presenza di aiuti di stato. Vale sempre il principio per cui il campanello d'allarme è l'ottenimento di risultati che non possono essere ottenuti sul mercato. Anche qualora sembri che il beneficiario abbia

⁷⁷⁸ Causa C-84/82, *Germania c. Commissione*, [1984] I-01451, par. 1501;

⁷⁷⁹ Causa C-39/94, *SFEI c. La Poste*, [1996] I 03547;

versato il corrispettivo pieno, l'aiuto di stato potrebbe essere presente nella transazione stessa, se il beneficio in questione non avrebbe potuto essere ottenuto sul mercato.

Qualora ci si trovi davanti ad una fornitura di beni o servizi, il campanello d'allarme nei confronti di possibili aiuti di Stato scatterà nel caso in cui si venda ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato; qualora ci si trovi davanti, invece, all'acquisto di beni o servizi, il campanello d'allarme sarà azionato dal fatto che il corrispettivo pagato sarà maggiore rispetto al prezzo di mercato. Come poi emergerà in maniera sempre più chiara dall'analisi oggetto del presente lavoro, la presenza di una procedura di evidenza pubblica escluderà, quasi automaticamente, la presenza di aiuti di stato.⁷⁸⁰

Nel caso della vendita di beni pubblici, come terreni o edifici, si fa riferimento alla *Comunicazione in merito ad elementi di aiuti di Stato nella vendita di terreni ed edifici da parte delle pubbliche autorità*.⁷⁸¹ Secondo tale Comunicazione, possono presentarsi due scenari possibili: il primo, in cui il terreno o l'edificio in questione venga venduto attraverso una procedura di evidenza pubblica sufficientemente ben pubblicizzata, aperta e incondizionata che può essere paragonata ad un'asta proprio in virtù del fatto che viene accettata l'offerta migliore; esclude la possibilità stessa che si possa parlare di profili di aiuti di stato; questo a patto che, comunque, ogni compratore potenziale sia libero di acquistare la terra in questione.

⁷⁸⁰ Cause riunite T-116/01 e T-118/01 *European Ferries*, [2003] II 02957, par 118.

⁷⁸¹ Commission Communication on State Aid Elements in sales of land and buildings by public authorities, OJ C 209, 10/07/1997;

In merito al requisito dell'incondizionalità, invece, va detto che lo stesso non verrà meno nel caso in cui, tra le condizioni di vendita, siano presenti, in capo all'acquirente, obblighi speciali a favore della pubblica amministrazione o della generalità dei consociati e che tutti i potenziali acquirenti saranno in grado di soddisfare.

Il secondo scenario, invece, può contemplare che sia un valutatore indipendente a valutare l'immobile oggetto di vendita e che ogni svantaggio economico potenziale possa essere tenuto in conto.

Dopo aver rammentato il motivo per cui una data misura può rientrare nella definizione di aiuto di Stato⁷⁸² occorre richiamare i casi in cui una misura che risponde ai requisiti in materia di agevolazioni possa essere considerata compatibile con il mercato interno. L'onere della prova in merito alle deroghe incombe, comunque, sullo Stato Membro. Come già sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷⁸³, l'aiuto di stato non sarà compatibile con il mercato unico se una delle sue condizioni violi i principi generali del diritto europeo, come, ad esempio, il principio di parità di trattamento.⁷⁸⁴

⁷⁸² Ex art. 107 TFUE, l'aiuto di stato, per essere tale, deve essere concesso dallo stato ovvero attraverso risorse statali, deve incidere sugli scambi commerciali tra gli Stati Membri, deve distorcere o minacciare di distorcere la concorrenza.

⁷⁸³ Cfr. Nota 777 supra.

⁷⁸⁴ Causa C-390/08, *Commissione c. Lussemburgo*, [2009] I 00082;

L'art. 107 (2) TFUE⁷⁸⁵ disciplina in quali casi un'ipotetica misura risulterà compatibile; l'art. 107 (3) TFUE⁷⁸⁶ disciplina, invece, le misure che possono essere ritenute compatibili con il mercato interno.

Inoltre, è importante ricordare come la disciplina in materia di aiuti di stato non possa contrastare con la disciplina in materia di mercato interno e con quella in materia di concorrenza: ciò viene in rilievo, in maniera particolare, nel rapporto tra aiuti di stato

⁷⁸⁵ L'art. 107(2)TFUE recita: “Sono compatibili con il mercato interno: (a)gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; (b)gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; (c)gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera”.

⁷⁸⁶ L'art. 107(3)TFUE recita: “Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: (a)gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; (b)gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; (c)gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; (d)gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; (e)le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

e libera circolazione di servizi o libertà di stabilimento⁷⁸⁷ e nel rapporto tra i primi e gli artt. 101 e 102 TFUE.⁷⁸⁸ La Commissione Europea, infatti, non dovrà autorizzare alcuna misura che comporti un aiuto di Stato senza, dapprima, verificare che il beneficiario non si trovi in una posizione che violi le suddette norme.⁷⁸⁹ Si sonderà la rilevanza di tali rapporti nei paragrafi seguenti.

E' d'uopo considerare, inoltre, quali siano le politiche di riferimento in materia di aiuti di stato. Si valuta, a tal fine, quale sia lo scopo dell'aiuto in questione: se quello di favorire investimenti in una data regione, se quello di agevolare le PMI, se quello di sostenere le politiche del lavoro o della formazione professionale, se quello di agevolare il campo della ricerca e dello sviluppo, la protezione dell'ambiente o la ristrutturazione delle imprese che versino in serie difficoltà. In aggiunta è d'uopo rammentare che esistono dei settori.

I principi generali, in materia di aiuti, rimangono quelli di non concedere aiuti di tipo operativo⁷⁹⁰, di verificare che la misura sotto esame costituisca un genuino incentivo⁷⁹¹, di assicurarsi che l'agevolazione in questione costituisca un passo ulteriore nel raggiungimento di un interesse europeo riconosciuto⁷⁹² e che l'aiuto sia necessario e proporzionato.⁷⁹³

⁷⁸⁷Cfr. Nota 777 supra

⁷⁸⁸*Ibid.*

⁷⁸⁹Cfr. Le Cause C-164/98, *DIR InternationalFilm SRL e altri c. Commissione*, [2000] I-00447; Cfr. anche Causa T-49/93, *SIDE c Commissione*, [1995] II-02501.

⁷⁹⁰ Cfr. Nota 777 supra

⁷⁹¹*Ibid.*

⁷⁹²*Ibid.*

4.2. Perché la disciplina in materia di aiuti di Stato potrebbe essere applicabile ai servizi forniti su spazi aggiudicati in concessione.

Dopo un breve richiamo alla parte sostanziale della disciplina in materia di aiuti di stato, ciò che occorre fare è cercare di capire in che modo la stessa possa tornare utile nella disamina del caso oggetto del presente lavoro. Le concessioni demaniali marittime, infatti, come richiamato all'interno dei capitoli di questo lavoro, rappresentano una particolarità nel panorama del diritto europeo. Se, infatti, da un lato esse hanno ad oggetto dei beni, dall'altro lato quei beni restano appetibili da un punto di vista economico solo ed esclusivamente in virtù della possibilità che ogni potenziale prestatore avrà di poterci svolgere un'attività economica qualificabile come servizio.

Com'è stato ampiamente discusso all'interno dei capitoli precedenti, quindi, le concessioni demaniali marittime sono da considerarsi quali vere e proprie concessioni di servizi cui, comunque, non sembra applicabile la nuova Direttiva "Concessioni". Restano applicabili Trattati e Giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia in materia di servizi e stabilimento, sia in materia di principi degli appalti pubblici.⁷⁹⁴

Ciò che resta inesplorata è se la situazione attuale, in cui, ad esempio, l'ordinamento giuridico italiano, pur avendo abrogato il diritto d'insistenza⁷⁹⁵ e il rinnovamento automatico⁷⁹⁶, continui a mantenere una modalità di aggiudicazione e di

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ Si vedano il capitolo I e II del presente lavoro.

⁷⁹⁵ Si veda il capitolo III del presente lavoro.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

rinnovo delle suddette concessioni senza alcuna procedura di evidenza pubblica possa far scattare l'applicazione dell'art. 107 TFUE e di tutta la relativa normativa. Se, infatti, si prendono in considerazione i principi in materia di appalti pubblici e se si considerano le concessioni demaniali come delle vere e proprie concessioni di servizi, rimane aperta la possibilità che un'aggiudicazione diretta delle stesse possa costituire un vantaggio economico di tipo selettivo in capo al concessionario interessato.

A fortiori, occorre peraltro rilevare come un eventuale reinserimento del diritto d'insistenza o del rinnovamento automatico altro non farebbe che rafforzare la tesi secondo la quale agli operatori economici sarebbe conferito un indebito vantaggio.

Avendo il tema del riordino della disciplina delle concessioni demaniali marittime infiammato il dibattito politico nazionale⁷⁹⁷, sono state avanzate, come ampiamente discusso all'interno del terzo capitolo, da parte di alcuni partiti politici, due proposte di risoluzione della contrapposizione tra operatori economici da un lato e Governo e Commissione Europea dall'altro.

La prima proponeva la sdemanializzazione delle aree su cui insistono i manufatti e l'assegnazione delle stesse con diritto di opzione, previo versamento di un corrispettivo calmierato, agli operatori economici uscenti; le aree antistanti avrebbero dovuto essere assegnate con diritto di prelazione agli operatori summenzionati. La seconda proposta avanzava, invece, l'ipotesi che le aree su cui insistono i manufatti fossero assegnate con diritto di superficie agli operatori e che le aree antistanti fossero assegnate agli stessi attraverso un diritto di prelazione.

⁷⁹⁷*Ibid.*

Le due summenzionate ipotesi, oltre ad essere in palese violazione delle norme in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione di servizi, così come appare chiaro da un'attenta disamina dei Trattati e della Giurisprudenza⁷⁹⁸ e, oltre ad essere in violazione dei principi in materia di appalti pubblici⁷⁹⁹, potrebbero far scattare l'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato proprio in quanto costituirebbero un indebito vantaggio di natura selettiva che avrebbe l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza all'interno del mercato unico.

La *ratio* per cui si sostiene, nel presente lavoro, che sia lo *status quo* sia un'ipotetica soluzione legislativa atta a riordinare la disciplina e che non preveda l'inserimento di una procedura di evidenza pubblica potrebbe suscitare l'applicazione dell'art. 107 TFUE, risiede proprio nel rapporto tra la disciplina appalti pubblici e la disciplina aiuti di stato.

E' stato già evidenziato, comunque, come i servizi che sono offerti su spazi aggiudicati in concessione, e, in modo particolare, le concessioni demaniali marittime, non sembrano rientrare all'interno del campo di applicazione della Direttiva "Concessioni" e come, per forza di cose, trattandosi di concessioni e non di appalti pubblici in senso stretto, non rientrano di certo all'interno del campo di applicazione delle Direttive Appalti. Ad esse, tuttavia, sono applicabili i principi generali in materia di appalti pubblici, così come discendono dai Trattati e così come sono stati interpretati dalle Corti europee.

⁷⁹⁸ Si veda il capitolo I del presente lavoro.

⁷⁹⁹ *Ibid.*

Premesso ciò, essendo i summenzionati servizi delle concessioni che restano al di fuori della sfera di applicabilità della nuova direttiva, sfuggono alle maglie del diritto secondario in materia di appalti pubblici, fatta eccezione per la direttiva 2006/123/CE⁸⁰⁰, la quale, comunque, esercita, nel caso di specie, attraverso l'applicazione degli articoli 12 e 13 della stessa una vera e propria "funzione concessoria".⁸⁰¹

Ne conseguirebbe, quindi, che la mancata previsione, da parte del legislatore nazionale, di una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione delle concessioni che sono oggetto della presente ricerca, costituirebbe non solo una violazione degli artt. 49 e 56 TFUE o una violazione dei principi generali in materia di appalti pubblici, ma anche una potenziale violazione degli artt. 107 e 108 TFUE.

Com'è stato altresì precisato all'interno del secondo capitolo, la normativa in materia di appalti pubblici mira a promuovere la concorrenza e a minimizzare il rischio, sempre concretamente possibile, di discriminazioni, quando un contratto debba essere

⁸⁰⁰ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, GUUE L 376/36, 27.12.2006; Si veda, in merito, il capitolo II del presente lavoro.

⁸⁰¹ L'autore sostiene che gli artt. 12 e 13 della Direttiva "Servizi" svolgano una funzione appaltante e concessoria, proprio perché richiederebbero l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica e il rispetto dei principi che sono propri delle procedure di appalto quando una determinate "autorizzazione" sia limitata proprio per scarsità di capacità tecnica o delle risorse naturali. Cfr. A. Usai, *The Services Directive in Between a Messing and Fragmented Integration and the Urgent Need to Complete the Single Market*, Maastricht University Working Paper 3/2014, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2421262;

aggiudicato da parte di un'autorità.⁸⁰² Ciò accade proprio perché non è raro che quest'ultima, non agendo sul mercato come un consumatore privato, ossia evitando di puntare alla minimizzazione del corrispettivo, alla massimizzazione della qualità di ciò che ottiene, ponga in essere dei comportamenti anticoncorrenziali.⁸⁰³ Qualora, infatti, ciò non avvenga, potrebbe accadere che un indebito vantaggio economico sia conferito all'impresa che fornisce il bene o il servizio.

La doppia valenza di uno scenario del genere, che, va detto, non rimane teorico, risulta proprio dal fatto che se il comportamento in sé posto in essere dall'ente pubblico può violare le norme in materia di appalti pubblici, l'effetto dello stesso, ossia il vantaggio economico di tipo selettivo ottenuto dal fornitore in questione, può essere in violazione della normativa in materia di aiuti di Stato.

Come ricordato da autorevole dottrina⁸⁰⁴, è pacifico che ogniqualvolta il prezzo versato da un'autorità pubblica nell'acquistare beni o servizi ecceda il prezzo di mercato, si possa verificare un vantaggio economico in capo all'impresa beneficiaria.⁸⁰⁵ Stessa situazione si verificherebbe qualora l'ente pubblico acquisti grandi quantità di

⁸⁰² Si veda il capitolo II del presente lavoro.

⁸⁰³ Si veda, inter alia, A. Sánchez Graells, "Public Procurement and Competition Rules", Hart Publishing 2011.

⁸⁰⁴ P. Nicolaidis, S. Schoenmaekers, *Public procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship*, EPPPL 1/2014;

⁸⁰⁵ Causa C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe* [2010] I-13083, par. 34; Causa C-290/07 P, *Commissione c Scott* [2010] I-07763, par. 68; Causa T-244/08, *Konsum Nord Ekonomisk Fiorening c Commissione* [2011] ECR II-00444, par. 61; Decisione della Commissione SA.33167; Decisione della Commissione N 264/2002 London Underground Public Private Partnership.

beni o servizi di cui non ha bisogno⁸⁰⁶, creando conseguentemente una domanda artificiale per quei beni o quei servizi.⁸⁰⁷ Ne discende, quindi, che quando ci sono prezzi di mercato cui comparare i corrispettivi effettivamente versati o quando la domanda è artificiale sarà relativamente facile, attraverso tale modello di riferimento, valutare una misura.⁸⁰⁸

Ciò detto, un problema potrebbe essere rappresentato dall'assenza della possibilità di comparare una situazione che non preveda l'esistenza di un mercato per i beni e i servizi in questione. In uno scenario di mercato, infatti, i fornitori di beni e servizi competerebbero sul prezzo e sulla qualità, mentre l'ente pubblico, agendo alla pari di un consumatore sceglierebbe il prodotto che a prezzo inferiore garantirebbe la resa migliore.⁸⁰⁹

La giurisprudenza delle Corti ha stabilito, in maniera inequivocabile, in che cosa consista, alla luce dell'art. 107 TFUE, il vantaggio economico necessario per far scattare la normativa in materia di aiuti di stato, ossia qualsiasi beneficio che non sia disponibile a condizioni normali di mercato.⁸¹⁰ E' chiaro che ogniqualvolta l'autorità pubblica non si comporti come un consumatore privato, l'impresa che abbia fornito il

⁸⁰⁶Causa T-14/96, *BAI c Commissione* [1999] ECR II-139; Causa C-290/83, *Commissione c. Francia* [1985] ECR 445; Causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo Spa c Presidenza del Consiglio dei Ministri* [2010] ECR I-05243

⁸⁰⁷Cfr. Nota 815 supra.

⁸⁰⁸*Ibid.*

⁸⁰⁹*Ibid.*

⁸¹⁰ Causa C-30/59, *Steenkolenmijnen c HA* [1961] ECR 19; Causa C-323/82, *Intermils c Commissione* [1984] ECR 3809.

bene o il servizio in questione otterrebbe un vantaggio che non sarebbe ottenibile a condizioni di mercato.⁸¹¹

In altre parole, se da un lato lo stato o chi per lui, affinché transazioni commerciali non ricadano tra le maglie dell'art. 107 TFUE, deve comportarsi come un investitore privato, nel caso in cui si trovi ad agire quale autorità appaltante, e, quindi, ad acquistare beni o servizi, dovrà seguire il principio del consumatore privato, cercando di massimizzare la qualità o di minimizzare il prezzo.

Sempre nel caso degli appalti pubblici, dove lo Stato rappresenta la domanda e dove le imprese fornitrici rappresentano l'offerta, tre sono gli scenari in cui esso non si comporta quale un normale consumatore privato: quando lo stato accetti di pagare un prezzo maggiore rispetto a quanto necessario; quando lo stato escluda alcuni fornitori dalla transazione; quando lo stato accetti obbligazioni contrattuali e sia prevedibile che, una volta firmato il contratto, il fornitore pretenderà un prezzo maggiore del solito.⁸¹²

Il centro del rapporto tra aiuti di stato e appalti pubblici risiederebbe, quindi, proprio nel secondo scenario tra quelli menzionati sopra, ossia nel caso in cui lo stato o una sua emanazione conferisca un vantaggio economico ad un'impresa decidendo, una volta esclusi i concorrenti della stessa, di acquistare beni o servizi da essa.⁸¹³ Ecco in

⁸¹¹Cfr. Nota 815 supra

⁸¹² Cfr. Nota 815 supra

⁸¹³ In via generica, sul rapporto tra aiuti di stato e appalti pubblici si veda S. Schoenmaekers, W. Devroe, N. Philipsen (a cura di), "State Aid and Public procurement in the European Union", Intersentia, 2014. Si veda anche A. Sánchez Graells, *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?* 2012 (21) 6, PPLR; Si veda anche C.H Bovis, *Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Interest*, ERA Academy of European Law, 23-24 maggio 2011, www.era-

che modo la disciplina degli appalti pubblici da un lato e il rapporto di quest'ultima con la normativa in materia di aiuti di stato può essere di profondo aiuto per rispondere alla domanda che sta alla base del presente capitolo.

Se, infatti è vero, com'è stato evidenziato all'interno del secondo capitolo, che non bisogna confondere gli appalti pubblici, in cui lo stato rappresenta la domanda e le imprese rappresentano l'offerta, con le concessioni (di servizi) demaniali, in cui lo stato, almeno nella fase di concorrenza per il mercato, rappresenta l'offerta e le imprese rappresentano la domanda, è altrettanto vero che, anche nel caso in cui delle concessioni (che sfuggano o meno al campo di applicazione della direttiva "concessioni") siano aggiudicate senza che una procedura di evidenza pubblica sia rispettata, potrà verificarsi un vantaggio indebito in capo all'impresa in questione. Tale concetto risulterà evidente anche nei casi in cui si parli di finanziamento di un servizio economico generale.

Nel campo degli appalti, infatti, è ormai pacifico che il rispetto delle norme contenute nelle apposite direttive, costituisca una presunzione semplice del fatto che lo stato abbia agito nel rispetto del principio dell'investitore o del consumatore privato. Infatti, il rispetto di una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria, fa presumere che il corrispettivo versato dall'autorità pubblica sia un prezzo di mercato e che quindi non vi siano elementi di aiuti di stato. Tuttavia, com'è facile immaginarsi, un vantaggio economico di tipo selettivo può essere conferito anche qualora una procedura di evidenza pubblica sia stata svolta e in ogni fase della stessa.⁸¹⁴

comm.eu/dalaw/public_procurement_issues.html; Oppure, A. Alexis, "Services publics et aides d'Etat", *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2002, p. 63.

⁸¹⁴Cfr. Nota 815 supra.

Il momento forse più rischioso, durante una procedura di evidenza pubblica, rimane la fase di selezione, proprio in virtù del fatto che è qui che potenziali concorrenti possono essere esclusi e che, di conseguenza, si possono verificare effetti distorsivi della concorrenza. Infatti, più alto sarà il rischio di un'esclusione non giustificata, più alto sarà il rischio che l'intera procedura risulti non adeguatamente concorrenziale e che l'impresa selezionata riceva un indebito vantaggio economico selettivo. Altra fase critica può essere rappresentata da una scarsa pubblicità, da un'eventuale discriminazione o da limiti di tempo per la presentazione dell'offerta troppo stretti. Per i contratti coperti dal campo di applicazione delle direttive in materia di appalti, ad esempio, le scadenze devono essere rispettate.⁸¹⁵

Altrettanto critica è la fase di aggiudicazione: infatti, la questione sta sia nella scelta dei criteri, affinché siano genuinamente oggettivi e non mirino, al contrario, a favorire alcune imprese su altre, sia nel non cambiare i criteri stessi una volta avvenuta la pubblicazione dei documenti del bando o nel non escludere, in maniera del tutto arbitraria, un'offerta o un operatore dopo l'apertura dei documenti.⁸¹⁶ I criteri di aggiudicazione devono essere oggettivi, quindi, e il peso collegato ai suddetti criteri deve, comunque, essere trasparente.

Anche la fase d'implementazione del contratto in questione rileva profili di criticità: i beni e i servizi che sono forniti, infatti, devono corrispondere a ciò che è stato, a suo tempo, definito nelle specifiche tecniche. Il prezzo deve essere identico rispetto a quanto pattuito. Ogni mutamento che non risponderà al criterio delle

⁸¹⁵*Ibid.*

⁸¹⁶*Ibid.*

“circostanze imprevedibili” può risultare in un indebito vantaggio per l’impresa, specialmente quando il contratto è modificato in modo tale da includere beni o servizi che possono essere forniti ad un prezzo minore da offerenti che sono, invece, stati esclusi.⁸¹⁷

Un’esclusione di tipo discriminatorio può, quindi, verificarsi nelle modalità più diverse e in ogni fase della procedura di evidenza pubblica. Come ribadito, tuttavia, dalla Corte di Giustizia in *Altmark*, vige una presunzione semplice di non violazione della normativa in materia di aiuti di stato se un’impresa cui sono stati affidati obblighi di servizio pubblico è scelta attraverso una procedura di evidenza pubblica che permetta la selezione dell’offerente capace di fornire i servizi in questione ad un costo ottimale per la comunità.⁸¹⁸

Questo in virtù del fatto che una procedura di evidenza pubblica che rispetti i principi e le norme in materia di appalti pubblici sarà fondamentalmente competitiva, trasparente e non discriminatoria; ergo, ne discenderà che l’impresa così selezionata non avrà ricevuto alcun indebito vantaggio di tipo economico e selettivo e che, conseguentemente, non vi sarà alcun aiuto di stato.⁸¹⁹

Se, tuttavia, le vecchie direttive in materia di appalti pubblici presentavano dei profili di problematicità dovuti ai contenuti fin troppo dettagliati al punto da non promuovere l’efficienza nelle procedure di appalto, la riforma, che, come evidenziato

⁸¹⁷Causa T-540/10, *Spagna c Commissione*.

⁸¹⁸ Causa C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747.

⁸¹⁹Cfr. Nota 815 supra.

nel secondo capitolo, ha visto l'adozione di tre testi legislativi tra cui compare, per la prima volta, una Direttiva "Concessioni", sembra, nell'aumentare i margini di manovra, e, quindi, la discrezionalità delle autorità, aumentare anche i rischi di risultati poco competitivi o, comunque, di aiuti di stato.

Ai fini della presente analisi, il ruolo e le problematiche inerenti alle nuove direttive, come affermato più volte, interessano relativamente. Ciò è dovuto al fatto che la Direttiva "Concessioni" pare non essere applicabile nel caso delle concessioni demaniali marittime.⁸²⁰

Tuttavia, se è vero che i margini di manovra più ampi contenuti nei testi summenzionati possono creare situazioni che, almeno potenzialmente, non escludono la presenza d'indebiti vantaggi, è altresì vero che, nel caso delle concessioni che sono oggetto di esame all'interno del presente lavoro, tale rischio è, semmai, ancora maggiore; se, infatti, la direttiva "concessioni" non è applicabile, ciò significa che ad essere applicabili sono solamente i principi generali che discendono dai Trattati e che sono stati evidenziati dalla Giurisprudenza.

Ciò rende, quindi, maggiore il rischio che un'ipotetica procedura di evidenza pubblica presenti elementi propri di misure selettive; nel caso in cui, invece, tale procedura di evidenza pubblica non sia nemmeno prevista e che le concessioni siano aggiudicate in maniera non trasparente e discriminatoria, una violazione della normativa in materia di aiuti di stato sarà maggiormente evidente.

In altre parole, l'elemento "chiave" da considerare sarà valutare se la procedura o *la non-procedura* favorisca o meno un'impresa o un settore di imprese attraverso il

⁸²⁰ Si veda il capitolo II del presente lavoro.

conferimento di un vantaggio economico. A questo punto, se le condizioni di cui all'art. 107 TFUE saranno soddisfatte, la procedura di evidenza pubblica potrà essere incompatibile.

Occorre ricordare come nel caso dei servizi offerti su spazi in concessione, e, ad esempio, delle concessioni demaniali marittime, le fonti che richiedono l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica per la selezione dei potenziali concessionari e per l'aggiudicazione della concessione, sono molteplici: innanzitutto, occorre menzionare gli artt. 49 e 56 TFUE in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi e relativa giurisprudenza; gli artt. 12 e 13 della Direttiva 2006/123/CE, in quanto esercitano, in questo caso, una funzione concessoria e appaltante; i principi in materia di appalti pubblici che discendono, a loro volta, dai Trattati e che sono stati interpretati e "trovati" dalla Giurisprudenza in materia di concessioni di servizi e di contratti che fuoriescono dal campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici; le direttive stesse, che, sebbene sembrerebbero non applicabili, richiamano e specificano i principi e le norme summenzionate.

Ne consegue, quindi, che una procedura di evidenza pubblica che favorisca un'impresa o un settore d'impresе farà scattare l'applicabilità dell'art. 107 TFUE; *a fortiori* si dovrà concludere che la mancanza di una procedura di evidenza pubblica che obbedisca ai principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, concorrenza, debba suscitare un'attenta disamina della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 107 TFUE.

Ciò alla luce degli effetti distorsivi sulla concorrenza che un tale comportamento, non certo rispondente al principio dell'investitore/consumatore privato,

avrà nel mercato rilevante in questione. Tuttavia, se da un lato è vero che, almeno per quanto riguarda i contratti che fuoriescono dal campo di applicazione delle Direttive “Appalti” e “Concessioni”, la giurisprudenza delle Corti europee non ha sancito un vero e proprio obbligo di aggiudicare il contratto con una procedura di evidenza pubblica, ammesso che i summenzionati principi siano comunque rispettati, è altrettanto vero che non sembra possibile rispettare i suddetti principi senza l’esperienza di una procedura di evidenza pubblica.

Va, comunque, aggiunto che la giurisprudenza delle corti europee in materia di concessioni di servizi va letta in combinato disposto con la funzione concessoria e appaltante esercitata dalla Direttiva “Servizi” e va altresì specificato che tutte le suddette norme devono essere interpretate alla luce del principio di concorrenza, principio generale del diritto europeo.⁸²¹

Ciò che comunque rileva in questa parte del presente lavoro è l’applicazione della normativa in materia di aiuti di stato e di come sia una procedura di evidenza pubblica che non rispetti i principi propri degli appalti pubblici, i Trattati, la Giurisprudenza, sia una *non procedura* possano costituire un indebito vantaggio economico di natura selettiva atto a far scattare l’applicazione dell’art. 107 TFUE.

Va da sé, infatti, che una volta appurato che nel caso dei servizi offerti su spazi in concessione, ad esempio, l’area sulla quale l’operatore economico presti il proprio

⁸²¹Il principio di concorrenza è non solamente uno dei principi generali del diritto europeo, ma anche uno dei principi generali in materia di appalti pubblici. Sul punto, e sulla necessità, ad esempio, di interpretare la normativa in materia di appalti alla luce del principio di concorrenza si veda sempre A. Sánchez Graells, “Public Procurement and Competition Rules”, Hart Publishing, 2011.

servizio appartenga allo Stato o a un livello di governo regionale, e, una volta appurato che la suddetta area sia affidata con procedura viziata o senza procedura al suddetto prestatore di servizi, essa dovrà essere considerata quale area avente un valore economico affidata all'impresa da parte dello stato.

L'area, infatti, che in sé non ha alcun valore, acquista un valore economico nel momento in cui l'operatore necessita di essa per accedere e per esercitare la propria attività economica. In altre parole, attraverso l'aggiudicazione della stessa si conferisce al soggetto interessato un vantaggio economico di tipo selettivo.

Sul fatto che un trasferimento di risorse del genere possa incidere sugli scambi tra gli Stati Membri, occorre dire che appare abbastanza pacifico che la previsione di procedure non rispettose dei principi e delle norme suddette o, addirittura, la totale assenza di una procedura di evidenza pubblica nella selezione degli operatori e nell'aggiudicazione delle concessioni, vada ad impedire o, comunque, ad ostacolare l'accesso e l'esercizio di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi a operatori economici provenienti da altri Stati Membri. Va, inoltre, rilevato, come gli effetti di uno scenario del genere, siano distorsivi della concorrenza nel mercato rilevante.

In linea teorica, va altresì precisato che sussistendo nel caso di specie i requisiti di cui all'art. 107(1)TFUE, essi possono essere derogati dall'art. 107(2)TFUE. Tuttavia, ad onor del vero, sembra poco plausibile che la situazione oggetto dell'analisi del presente lavoro possa rientrare nelle fattispecie ivi contenute. Stesso discorso varrebbe per l'art. 107(3)TFUE.

L'ulteriore domanda che occorre porsi, prima di affrontare il discorso relativo ai servizi di interesse economico generale, è se sia possibile “spegnere”, nel caso di specie, l'applicazione dell'art. 107(1)TFUE attraverso il Regolamento di Esenzione Generale⁸²² o attraverso il Regolamento *de minimis*.⁸²³

Per quanto riguarda il Regolamento di Esenzione Generale, così come riformato recentemente, va detto che esso “*dovrebbe consentire una migliore definizione delle priorità delle attività di applicazione delle norme in materia di aiuti di stato e una maggiore semplificazione e dovrebbe promuovere una maggiore trasparenza, una valutazione e un controllo effettivi del rispetto delle norme sugli aiuti di stato a livello nazionale e dell'Unione, nel rispetto delle competenze istituzionali della Commissione e degli Stati Membri*”.⁸²⁴ In altre parole, alla luce di tale regolamento, alcune categorie di aiuti possono essere considerate compatibili con il mercato interno⁸²⁵ senza sottostare, quindi, all'obbligo di notifica.⁸²⁶

Il presente regolamento fa propri i principi che sono alla base della disciplina degli aiuti di stato, ossia il principio in base al quale l'aiuto debba costituire un incentivo senza il quale l'impresa in questione non si comporterebbe in un certo modo e

⁸²²Regolamento 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara certe categorie di aiuto compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato.

⁸²³ Regolamento 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli aiuti *de minimis*, GUUE L 352/1, 24.12.2013.

⁸²⁴*Ibid.*, par. 3.

⁸²⁵*Ibid.*, par 4.

⁸²⁶*Ibid.*, par 6.

il principio in base al quale gli aiuti debbano essere proporzionati e limitati all'importo necessario.⁸²⁷ Facendo il regolamento riferimento a delle soglie al di sotto delle quali lo stesso sarà applicabile, esso sancisce che, per verificare il rispetto delle soglie di notifica e delle intensità massime di aiuto stabilite dallo stesso, occorre tenere conto dell'importo totale delle misure di aiuto di stato concesse all'attività in questione.⁸²⁸

La domanda attinente all'eventuale applicabilità di tale regolamento ai servizi offerte su aree in concessione ruota intorno alla definizione di PMI.⁸²⁹ a detta del testo stesso, esse svolgono un ruolo determinante per la creazione di posti di lavoro e costituiscono una sorta di fattore di stabilità sociale e di sviluppo economico. Il loro stesso sviluppo può però essere ostacolato da fallimenti del mercato che provocano determinati svantaggi quali difficoltà nell'accesso al capitale o ai prestiti, limitatezza delle risorse a loro disposizione e conseguente difficoltà nell'accedere alle informazioni necessarie, come nuove tecnologie e potenziali mercati.⁸³⁰

Per favorire lo sviluppo delle attività economiche delle PMI, quindi, alcune categorie di aiuti, come, ad esempio, gli aiuti agli investimenti, gli aiuti all'avviamento, gli aiuti alle piattaforme alternative di negoziazione specializzate in PMI, gli aiuti per i costi di esplorazione, così come gli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione e gli aiuti per accedere a nuovi sviluppi tecnologici, trasferimento di conoscenze o a personale altamente qualificato, sono esentati se concessi a favore delle PMI.⁸³¹

⁸²⁷ *Ibid.*, par 22.

⁸²⁸ *Ibid.*, par 25.

⁸²⁹ *Ibid.*, par 30.

⁸³⁰ *Ibid.*, par 40

⁸³¹ *Ibid.*

Come indicato all'interno dell'art. 1, il regolamento si applica, però, a precise categorie di aiuti: aiuti a finalità regionale; aiuti alle PMI sotto forma di aiuti agli investimenti, aiuti al funzionamento e accesso delle PMI ai finanziamenti; aiuti per la tutela dell'ambiente, ricerca, sviluppo e innovazione; formazione; assunzione e occupazione di lavoratori svantaggiati e con disabilità; aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da determinate calamità naturali; aiuti a carattere sociale per i trasporti a favore dei residenti in regioni remote; aiuti per infrastrutture a banda larga; aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio; aiuti per infrastrutture sportive e per le strutture ricreative multifunzionali; aiuti per le infrastrutture locali.

Interessante è quanto disposto dall'art. 1(5), il quale statuisce che tale regolamento non si applica alle misure di aiuto di stato che di per sé, o a causa delle condizioni cui sono subordinate o per il metodo di finanziamento previsto, comportano una violazione indissociabile del diritto dell'Unione Europea.⁸³²

Uno dei punti nodali per comprendere se tale regolamento sia applicabile o meno ai servizi offerti su spazi in concessione resta la definizione di PMI di cui all'allegato I dello stesso: si definisce piccola media impresa la persona giuridica che occupi meno di 250 persone e che abbia un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro e il cui bilancio annuo non superi i 43 milioni di euro; si definisce piccola impresa la persona giuridica che impieghi meno di 50 persone e che realizzi un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro; si definisce, invece, microimpresa una persona giuridica che occupi meno di 10 persone e che

⁸³² Tipico caso in cui, ad esempio, come ribadito sopra, l'aiuto in questione violi Libertà di Stabilimento o libera prestazione di servizi o, ancora, le norme primarie in materia di concorrenza.

realizzi un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

Per quanto riguarda le soglie concernenti l'aiuto presunto, esse sono indicate all'art. 4 del regolamento in questione.

Va detto che un'analisi caso per caso porterebbe, probabilmente, al risultato per cui le imprese che forniscono servizi su aree in concessione rientrerebbero all'interno della definizione di piccole medie imprese. Tuttavia, nel vasto elenco di categorie di aiuti non sembra essere presente alcuna tipologia che faccia riferimento alla situazione oggetto dell'analisi del presente lavoro. L'unica che, tra di esse, si avvicina maggiormente, sembra essere quella disciplinata all'interno della sezione dodicesima, ossia gli aiuti per le infrastrutture sportive e le infrastrutture ricreative multifunzionali.

Ammesso e non concesso che la situazione giuridica delle imprese che prestano servizi su aree in concessione possa rientrare nella fattispecie indicata all'interno della summenzionata sezione, ciò che colpisce è che gli aiuti ex art. 55 sono esentati qualora, ad esempio, si tratti di aiuti agli investimenti o aiuti al funzionamento. Non sembrerebbe, pertanto, argomentabile che l'aggiudicazione con procedura viziata o senza procedura di evidenza pubblica dell'area sulla quale l'operatore mira ad esercitare un'attività economica ex art. 57 TFUE possa rientrare in un aiuto all'investimento o in un aiuto al funzionamento.

Per quanto riguarda, invece, le altre tipologie settoriali di esenzione, va specificato che non vengono in rilievo nel caso di specie.

Vale la pena, invece, esaminare un'eventuale applicazione del regolamento *de minimis*. L'art. 3 dello stesso statuisce che le misure di aiuto che soddisfano le

condizioni del regolamento sono considerate misure che non rispettano tutti i criteri di cui all'art. 107(1)TFUE e che, pertanto, sono esenti da obbligo di notifica. Il valore massimo dell'aiuto che si vuole *de minimis* concesso da uno stato ad un'impresa non può superare i 200 000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari.

Ne consegue, pertanto, che un'eventuale violazione delle norme dei Trattati e dei principi stabiliti dalla giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento o di libera circolazione dei servizi, in combinato disposto con una violazione dei principi propri degli appalti pubblici e della Direttiva 2006/123/CE, ossia il non prevedere una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di aree che acquistano un valore economico nel momento in cui l'operatore voglia esercitarvi un'attività economica, non potrebbe ricadere all'interno del campo di applicazione del summenzionato regolamento.

4.3. Un Servizio d'Interesse Economico Generale?

Un'ulteriore modalità attraverso cui provare a “spegnere” l'art. 107(1) TFUE consiste nell'applicazione, nei casi che lo consentono, ossia nei casi in cui si stia parlando di un servizio di interesse economico generale (SIEG), dell'art. 106(2)TFUE⁸³³ e della normativa di riferimento alla luce della riforma.⁸³⁴ La domanda

⁸³³ L'art. 106(2) TFUE stabilisce che: “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”. Per un discorso più

che occorre porsi è: i servizi che sono offerti su spazi in concessione, e, in modo particolare, le concessioni demaniali marittime, possono essere considerati dei SIEG?

Il primo passo da affrontare consta nel dare una definizione di SIEG; la Commissione sostiene che *“i SIEG sono attività di tipo economico che offrono un risultato nell’interesse generale che non sarebbe fornito (o che sarebbe fornito a condizioni diverse in termini di qualità, sicurezza, accessibilità, parità di trattamento, o accesso universale) dal mercato senza che vi sia un intervento pubblico. L’obbligo di servizio pubblico è imposto in capo al prestatore attraverso un atto di affidamento e sulla base di un interesse generale che assicuri che il servizio sia fornito a condizioni che gli permettano di portare a termine la sua missione”*.⁸³⁵

complessivo sui SIEG, si veda: “E. Szyszczak, J. Davies, M. Andenaes, T. Bekkedal (Eds), “Developments in Services of General Interest, 2011; J. L. Buendia Sierra, “Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, OUP, 1999; E. Szyszczak, *Modernising State aid and the financing of SGEI*, JCL&P, 3:332, 2012; J.L. Buendia Sierra, *Finding the right balance: state aid and services of general economic interest*, in Liber amicorum Francesco Santaolalla Gadea, EC Stati Aid Law, alphen a7d Rijn, Kluwer Law International; P. Nicolaidis, *The distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgement*, ECLR, 23 (2002); P. Nicolaidis, *Compensation for public service obligations: opening the floodgates of state aid?* ECLR, 24(2003); C. Bovis, *Financing Services of General economic interest in the EU: how do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?* ELJ 11 (2005).

⁸³⁴ Più in generale, sulla riforma del vecchio Pacchetto “Altmark-Monti-Kroes” e, quindi, sul nuovo Pacchetto “Almunia”, si veda: “E. Szyszczak, J.W. van de Gronden (a cura di), “Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization”, Springer, 2013.

⁸³⁵ COM (2011) 900 Final Quality framework for SGEIs.

O, ancora, “*genericamente parlando, l’affidamento di uno specifico obiettivo di servizio pubblico implica la fornitura di un servizio che, se si considerasse l’interesse commerciale, un’impresa non assumerebbe per nulla o non assumerebbe in un certo modo o alle stesse e identiche condizioni*”.⁸³⁶ E, inoltre, “*gli Stati Membri non possono aggiungere obblighi di pubblico servizio a servizi che sono già prestati o che possono essere prestati in maniera soddisfacente...da imprese che operano a condizioni normali di mercato*”.⁸³⁷

Va, altresì, precisato che gli Stati Membri sono liberi nel determinare che cosa costituisca un SIEG, come debbano essere organizzati e finanziati.⁸³⁸ Il concetto di “impresa” è particolarmente ampio, visto che l’eccezione in materia di “esercizio di pubblici poteri”⁸³⁹ rimane limitato all’esercito e alle forze dell’ordine, alla sicurezza e al controllo della navigazione aerea, al controllo e alla sicurezza del traffico marittimo, alla sorveglianza anti-inquinamento, all’organizzazione, finanziamento e applicazione delle pene detentive, alle attività ricomprendibili nell’ambito della sicurezza sociale, come ad esempio il settore sanitario, qualora sia basato sul principio di solidarietà, e la pubblica istruzione.

E’ d’uopo menzionare che nel 2011 la Commissione Europea ha adottato un pacchetto di misure volte a regolare il rapporto tra finanziamento dei SIEG e aiuti di

⁸³⁶ Communication from the Commission on the application of the European Union State Aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, OJ 2012 C 8/4, par. 47.

⁸³⁷ SGEI state aid package.

⁸³⁸ Cfr. nota 83 supra, par. 2.

⁸³⁹ *Ibid.*, par. 16.

stato. Tali misure, chiamate nell'insieme "Pacchetto Almunia"⁸⁴⁰, comprendono due Comunicazioni⁸⁴¹, una Decisione⁸⁴² e un Regolamento *de minimis*.⁸⁴³ Il tutto era poi accompagnato da un *Impact Assessment*⁸⁴⁴ e da un *Quality Framework*.

Le nuove misure, che andavano a sostituire il precedente pacchetto denominato "Pacchetto Altmark-Monti-Kroes", miravano a chiarificare i principi chiave in materia di aiuti di stato e introducevano ad un approccio diversificato e proporzionato, con regole più semplici per i SIEG più piccoli, locali, o che perseguivano scopi di natura sociale, mentre per i SIEG di maggiore impatto, venivano prese in conto considerazioni in materia di concorrenza.⁸⁴⁵

Come ricordato da autorevolissima dottrina, questa riforma si prefiggeva di modernizzare il sistema e di apportare un rinnovamento inteso come incorporazione di

⁸⁴⁰ Si rimanda al sito web http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html

⁸⁴¹ Communication from the Commission on the application of the European Union State Aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, OJ 2012 C 8/4; Communication from the Commission, European Union Framework for state aid in the form of public service compensation, OJ 2012 C 8/15;

⁸⁴² Commission Decision of 20 December on the application of article 106(2) TFEU to State Aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, OJ 2012 L 7/3

⁸⁴³ Regolamento della Commissione sull'applicazione degli articoli 107 e 108 TFEU to de minimis aid granted to undertakings providing services of general economic interest, OJ 2012 L 114/8

⁸⁴⁴ http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/cia_2011_en.htm#comp.

⁸⁴⁵ Comunicato Stampa della Commissione Europea: "State Aid: Commission adopts new rules on services of general economic interest (SGEI) IP/11/1571, 20.12.11.

un approccio maggiormente economico verso la regolamentazione del finanziamento dei SIEG.⁸⁴⁶

Una volta definite quali possono essere le caratteristiche di un SIEG, il primo passaggio logico da attuare, in materia d'interazione tra aiuti di stato, SIEG, e procedure di evidenza pubblica, è verificare se le condizioni stabilite nella sentenza *Altmark*⁸⁴⁷ sono soddisfatte. Questa sentenza, infatti, ha permesso di anticipare il test relativo ai SIEG ad un passaggio ulteriore: qualora i requisiti ivi stabiliti siano presenti, infatti, la misura in questione, se volta a finanziare SIEG, non sarà aiuto di stato e non andrà quindi notificata.

I criteri, vale la pena ricordarli, sono: (a) l'impresa in questione ha obblighi di servizio pubblico che sono stati chiaramente definiti; (b) i parametri in base ai quali la compensazione è calcolata sono stati preventivamente stabiliti in maniera trasparente e oggettiva; (c) la compensazione non supera il costo affrontato dall'impresa nel portare a termine il suddetto obbligo, fatto salvo un profitto ragionevole; (d) l'impresa in questione è stata scelta attraverso una procedura di evidenza pubblica grazie alla quale la fornitura del servizio avviene al costo più basso o, se questo non fosse il caso, il livello di compensazione richiesto si basi sui costi di un'impresa rappresentativa e ben gestita con fondi adeguati.

⁸⁴⁶ E. Szyzszak, J.W. van de Gronden (a cura di), "Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization", Springer, 2013

⁸⁴⁷ Causa C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747.

Il test di *Altmark* s'inserisce quale passaggio da compiersi *ex ante* in un'analisi volta a verificare la sussistenza di un'infrazione delle norme in materia di aiuti di stato. Il secondo e successivo passaggio logico, qualora, ad esempio, le condizioni summenzionate risultassero soddisfatte, consisterebbe nella classica disamina dell'art. 106(2) TFUE, secondo cui le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sempre e comunque sottoposte alle norme dei Trattati, e, in particolare, alle regole in materia di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della missione che è stata loro affidata. Inoltre, lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.

Va tuttavia ulteriormente specificato che non sarà semplice far scattare l'applicazione di tale deroga proprio in virtù del fatto che trattandosi di un'eccezione, essa andrà interpretata in maniera restrittiva. Infatti, si può comprendere come risulti estremamente difficoltoso dimostrare che le norme dei Trattati, come ad esempio le libertà fondamentali o le norme in materia di concorrenza, possano impedire o ostacolare la missione di servizio di interesse economico generale affidata in capo ad un determinato prestatore. Connesso, vi è anche un vero e proprio principio di proporzionalità, in base al quale lo sviluppo degli scambi intra-UE non deve, nemmeno quando in gioco vi sia un'obbligazione di pubblico servizio, essere compromesso in misura contraria rispetto agli interessi UE.

Come accennato sopra, la Commissione reagì alla sentenza *Altmark* in maniera alquanto pragmatica. Essa, infatti, adottò il c.d. "Pacchetto" del 2005, ossia una

Decisione⁸⁴⁸ e un *Framework*.⁸⁴⁹ Se, infatti, è vero che la Commissione stessa non avrebbe potuto alterare i criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia in *Altmark*, è altrettanto vero che rimaneva comunque la possibilità di interpretarli in maniera restrittiva. Il tutto era stato poi accompagnato dalla revisione della Direttiva “Trasparenza”.⁸⁵⁰

La riforma del pacchetto “Altmark-Monti-Kroes” è avvenuta in contesto di grandi cambiamenti costituzionali che hanno interessato i SIEG. Si pensi, ad esempio, al fatto che la politica in materia di concorrenza è stata spostata dal corpo dei Trattati all’interno del Protocollo 27, dove la stessa è stata assorbita all’interno del principio del mercato interno. Fu poi inserito il nuovo Articolo 14 TFUE, in cui si stabiliva, per la prima volta, che i SIEG erano una responsabilità condivisa tra UE e Stati Membri e, in cui, sempre per la prima volta, veniva inserita una base giuridica per l’adozione di legislazione UE nel campo dei SIEG.

Inoltre, i SIEG venivano menzionati all’interno del Protocollo 26, dove era riconosciuta in capo agli Stati Membri, la competenza a regolamentare servizi di interesse non economico generale. Il quadro costituzionale successivo al Trattato di Lisbona risulta, altresì, mutato grazie al fatto che alla Carta dei Diritti Fondamentali

⁸⁴⁸ Commission Decision of 28 November 2005, C (2005) 2673 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State Aid in the Form of Public Service Compensation Granted to Certain Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, OJ 2005 L 312/67

⁸⁴⁹ Community Framework for State Aid in the form of public service compensation, OJ 2005 C 297/4

⁸⁵⁰ Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria di certune imprese.

dell'Unione Europea viene riconosciuto valore giuridico vincolante: in merito ai SIEG essa rileva, soprattutto, all'art. 36 della stessa, in cui è stabilito che l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai SIEG così come previsto all'interno delle normative e prassi nazionali, in accordo con i Trattati, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale.⁸⁵¹

L'adozione del "Pacchetto Almunia", ha imposto, nella disciplina dei SIEG, un nuovo test: si valuterà, in un primo momento, se la misura in questione sia o meno ricompresa all'interno del Regolamento "*de minimis*".⁸⁵² Nel caso in cui lo sia, tale misura non costituirà un aiuto di stato. Qualora, invece, essa non sia contenuta nel Regolamento, si applicheranno i criteri di Altmark, così come interpretati dalla nuova Comunicazione della Commissione. Se i quattro criteri sono soddisfatti, la misura in questione non sarà un aiuto di stato.

Se, invece, i quattro criteri non saranno soddisfatti, si applicherà la nuova Decisione della Commissione per valutare, se la misura oggetto di analisi, che, invece, sarà un aiuto di stato, è compatibile con il mercato interno. Se, da ultimo, la misura non rientrerà nemmeno nel campo di applicazione della Decisione, si applicherà il *Framework*; se essa vi rientrerà, pur trattandosi di aiuto di stato, sarà compatibile con il mercato interno e sarà sottoposta ad obbligo di notifica; se non vi rientrerà, significa che sfuggirà all'applicazione di tutto il Pacchetto. L'ultima possibilità rimane, in questo caso, l'art. 106(2) TFUE in quanto tale.

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² Regolamento della Commissione sull'applicazione degli articoli 107 e 108 TFEU to *de minimis* aid granted to undertakings providing services of general economic interest, OJ 2012 L 114/8

Ciò che occorre verificare è se i servizi che sono resi su spazi in concessione, in particolare le concessioni demaniali marittime, una volta inquadrati come SIEG, possano superare il test summenzionato. Il Regolamento “*de minimis*” statuisce che non sono da considerarsi aiuti di stato ex art. 107 TFUE gli aiuti concessi alle imprese per fornitura di SIEG se, ad esempio, l’aiuto in questione non superi i 500.000 EUR nell’arco di tre esercizi finanziari.

Chiaramente, si farà riferimento ad aiuti in denaro o ad aiuti che, sotto altra forma, siano equivalenti sovvenzione lordo e, soprattutto, agli aiuti riguardo ai quali è possibile calcolare con precisione l’equivalente sovvenzione lordo ex ante senza che sia necessario effettuare un’analisi del rischio.⁸⁵³

Nel caso in esame, l’ipotetico aiuto di stato sarebbe costituito o dall’aggiudicazione della concessione senza l’esperimento di una procedura di evidenza pubblica o, eventualmente, dall’esperimento di una procedura di evidenza pubblica non regolare, ossia non rispondente ai principi in materia di appalti pubblici, quali principio di pubblicità, trasparenza, eguaglianza, parità di trattamento, concorrenza o, da ultimo, di una proroga del rapporto concessorio esistente. In questo modo, il concessionario riceverebbe un vantaggio economico di tipo selettivo, ossia il “bene” il cui valore sarà rappresentato dal valore dell’attività economica che grazie ad esso potrà svolgere. Non sembra pertanto possibile che i tre scenari summenzionati possano rientrare nel campo di applicazione del Regolamento *de minimis*.

⁸⁵³*Ibid.*, art 2.

La Comunicazione della Commissione⁸⁵⁴ mira a chiarificare la giurisprudenza e la prassi delle corti europee. Essa ribadisce⁸⁵⁵ che solamente i vantaggi selettivi che sono conferiti in maniera diretta o indiretta attraverso risorse pubbliche possono rappresentare un aiuto di stato. Ne consegue che, in riferimento all'oggetto del presente lavoro, concedere, senza una gara, licenze, autorizzazioni o concessioni ad occupare o utilizzare il demanio pubblico aventi un valore economico, può comportare un trasferimento di risorse pubbliche e conferire, quindi, un vantaggio ai beneficiari.⁸⁵⁶

Successivamente, in merito al requisito dell'”effetto sul commercio tra gli Stati Membri”, essa ricorda che affinché si possa parlare di aiuto di Stato, vi deve essere un mercato aperto alla concorrenza. Tale apertura può avvenire o per mezzo del diritto nazionale, o per mezzo del diritto europeo o, *de facto*, grazie allo sviluppo economico. Gli Stati mantengono, comunque, una certa discrezionalità su come definire, organizzare e finanziare i SIEG, anche se dovranno sottostare alle disposizioni in materia di aiuti di stato qualora siano previste misure compensatorie.⁸⁵⁷

E' altresì importante chiarire che, secondo la Commissione, vi può essere un effetto sul commercio tra Stati Membri anche quando il beneficiario non sia attivo in attività transfrontaliere, proprio perché, in determinate situazioni, le imprese che

⁸⁵⁴ Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest OJ 2012 C 8/4

⁸⁵⁵ Cfr. par. 31.

⁸⁵⁶ Causa C-462/99 Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c Telekom-Control-Kommission, and Mobilkom Austria AG [2003] ECR I-05197, par. 92 and 93; Causa T-475/04 Bouygues and Bouygues Télécom SA c Commissione [2007] ECR II-02097, par. 101, 104, 105 and 111.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

saranno stabilite in altri Stati Membri saranno ridotte.⁸⁵⁸ Non esiste, quindi, una soglia al di sotto della quale sia possibile presumere che il commercio tra gli Stati Membri non sia pregiudicato: la relativa piccolezza dell'aiuto in questione o la relativa piccola taglia dell'impresa beneficiaria non eliminano *a priori* la possibilità che il commercio tra gli Stati Membri ne risulti pregiudicato.⁸⁵⁹

Nel chiarificare i criteri di *Altmark*, la Comunicazione comincia con il concetto stesso di SIEG.⁸⁶⁰ esso, infatti, rappresenta una nozione in divenire che si basa sui bisogni dei cittadini, sugli sviluppi tecnologici e del mercato, sulle preferenze sociali e politiche all'interno dello Stato Membro in questione. La Corte ha, infatti, stabilito che SIEG sono servizi che manifestano caratteristiche speciali se paragonate a quelle di altre attività economiche.⁸⁶¹

Gli Stati Membri godono di un ampio margine di discrezionalità nel definire un dato servizio come SIEG e nel garantire una forma di compensazione al prestatore di servizi in questione. La Commissione potrà intervenire solamente nel caso di errore manifesto e nel caso in cui elementi di aiuti di stato siano presenti.⁸⁶²

⁸⁵⁸ *Ibid.*, par 38; Causa C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg c Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747.

⁸⁵⁹ Cfr. par 39.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, Sezione 3.2.

⁸⁶¹ *Ibid.*, par 45; Causa C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova* [1991] ECR I-5889, par. 27; Causa C-242/95 *GT-Link A/S* [1997] ECR I-4449, par. 53; Causa C-266/96, *Corsica Ferries France SA* [1998] ECR I-3949, par. 45.

⁸⁶² Cfr. par 46.

Il primo criterio di *Altmark* richiede che la missione di SIEG sia definita. Tale requisito coincide con quanto contenuto nell'art. 106(2) TFUE, ossia le imprese cui è affidata la fornitura di un SIEG sono imprese cui è stata affidata una missione particolare.⁸⁶³ Per missione particolare s'intende la fornitura di un servizio che, se si dovesse considerare il solo valore commerciale, un'impresa non assumerebbe per nulla o non assumerebbe nella stessa maniera o alle stesse condizioni.⁸⁶⁴

La Commissione, come già accennato sopra, sostiene che non sarebbe appropriato affidare obblighi di servizio pubblico ad attività che sono già fornite o che potrebbero essere fornite in maniera soddisfacente da imprese che operano a condizioni normali di mercato.⁸⁶⁵ In ultima analisi, affinché un servizio possa essere considerato un SIEG, occorre che s'indirizzi ai cittadini o che sia nell'interesse della società nel suo insieme.⁸⁶⁶

Per quanto riguarda l'atto di conferimento⁸⁶⁷, si ribadisce che affinché l'art. 106(2) TFUE sia applicabile, vi dev'essere stato un conferimento di una missione di interesse generale in capo ad una o a più imprese; in altre parole, lo stato deve conferire alle stesse una missione speciale.⁸⁶⁸ Essa dev'essere assegnata attraverso un atto che, a seconda del diritto interno, può prendere la forma di un atto legislativo o regolamentare o di un contratto.

⁸⁶³ *Ibid.*, par 47; Causa C-127/73 *BRT v SABAM* [1974] ECR-313.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, par 47.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, par 48.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, par 50.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, sezione 3.3.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, par 51.

Ciò che dev'essere specificato nell'atto o nella serie di atti in questione è il contenuto e la durata degli obblighi di pubblico servizio, l'impresa e, laddove applicabile, il territorio interessato, la natura di ogni diritto speciale o esclusivo assegnato alle imprese, i parametri per calcolare, controllare e revisionare la compensazione, e gli strumenti per evitare o recuperare ogni forma di sovra-compensazione.⁸⁶⁹

Per quanto riguarda i parametri della compensazione⁸⁷⁰, si fa presente che essi, proprio perché stabiliscono la base del calcolo stesso, devono risultare chiari sin dall'inizio in maniera oggettiva e trasparente per assicurare che non sia conferito un vantaggio economico all'impresa ricevente.⁸⁷¹

Per quanto attiene all'evitare una sovra-compensazione⁸⁷², va precisato che secondo il terzo criterio di *Altmark*, la compensazione non deve eccedere il costo necessario per adempiere agli obblighi di pubblico servizio, tenuto conto del ragionevole profitto.⁸⁷³

Sulla selezione del prestatore, si fa riferimento a quanto stabilito nella sentenza *Altmark*⁸⁷⁴: la compensazione offerta deve essere o il risultato di una procedura di evidenza pubblica che permetta la selezione del prestatore capace di fornire quei servizi

⁸⁶⁹*Ibid.*, par 52.

⁸⁷⁰*Ibid.*, sezione 3.4.

⁸⁷¹*Ibid.*, par 54.

⁸⁷²*Ibid.*, sezione 3.5.

⁸⁷³*Ibid.*, par 60.

⁸⁷⁴*Ibid.*, sezione 3.6.

al costo minore per la comunità o il risultato di un esercizio comparatistico con un'impresa tipica, ben gestita e adeguatamente dotata dei mezzi necessari.⁸⁷⁵

Il modo più semplice per rispettare il quarto criterio di *Altmark*, rimane, quindi, l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica aperta, trasparente e non discriminatoria così come disciplinata all'interno delle direttive appalti.⁸⁷⁶ Affinché la presunzione semplice di non sussistenza di elementi di aiuto di stato sia invocabile, occorrerà che la procedura di evidenza pubblica sia aperta o ristretta, sempre che, con quest'ultima, non si escludano senza ragioni valide operatori economici interessati.⁸⁷⁷

In riferimento ai criteri di aggiudicazione, quello del prezzo più basso soddisfa il quarto criterio di *Altmark* in maniera indubbia; il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarà considerato idoneo a patto che criteri come quelli di natura sociale o ambientale siano legati all'oggetto del servizio fornito e consentano all'offerta economicamente più vantaggiosa di rispettare il valore di mercato.⁸⁷⁸

Nel caso in cui, invece, non sia stata esperita una procedura di evidenza pubblica, ed esista una remunerazione considerata accettabile dal mercato, sarà quest'ultima il miglior modello cui fare riferimento per stabilire la compensazione.⁸⁷⁹ Se, invece, non esiste una remunerazione di mercato, occorrerà un'analisi dei costi che una tipica impresa, ben gestita e adeguatamente fornita di mezzi materiali da essere in

⁸⁷⁵*Ibid.*, par 62.

⁸⁷⁶*Ibid.*, par 63.

⁸⁷⁷*Ibid.*, par 66.

⁸⁷⁸*Ibid.*, par 67.

⁸⁷⁹*Ibid.*, par 69.

grado di rispettare i requisiti necessari del pubblico servizio avrebbe dovuto affrontare nell'adempiere agli obblighi in questione, sempre tenuto conto di un profitto ragionevole.⁸⁸⁰

La Decisione della Commissione, che rappresenta il terzo passaggio nel test imposto dalla nuova gerarchia di “norme” del nuovo “Pacchetto Almunia”, stabilisce le condizioni grazie alle quali una data misura che non è rientrata nel campo di applicazione della Comunicazione di cui sopra, pur essendo qualificabile come aiuto di stato, è però compatibile con il mercato interno e, quindi, non deve essere notificata.

Le condizioni stabilite dalla Commissione sono disciplinate all'art. 2 della Decisione: la compensazione non deve eccedere un ammontare annuo di 15 milioni di euro; deve trattarsi di compensazione per la fornitura di servizi d'interesse economico generale da parte di ospedali o servizi di emergenza; deve trattarsi di compensazione per la fornitura di servizi d'interesse economico generale rispondenti a bisogni sociali, come, ad esempio, servizi nel campo della sanità, servizi per l'infanzia, servizi per accesso o reintegro nel mercato del lavoro, servizi di alloggi popolari, inclusione sociale di gruppi vulnerabili; deve trattarsi di compensazione per la fornitura di servizi d'interesse economico generale nel campo dei collegamenti marittimi alle isole per cui il traffico annuale durante i due anni finanziari precedenti rispetto a quando la missione SIEG è stata assegnata non eccedano i 300 000 passeggeri; deve trattarsi di compensazione per fornitura di SIEG per aeroporti e porti per i quali traffico annuale durante i due anni finanziari precedenti non eccedano i 200 000 passeggeri per gli aeroporti e i 300 000 passeggeri nel caso dei porti.

⁸⁸⁰*Ibid.*, par 70.

La Decisione si applica solo nel caso in cui il periodo per il quale all'impresa è stata conferita la missione SIEG non superi i dieci anni. Nel caso in cui tale periodo di tempo sia superato, la presente Decisione sarà applicabile solo se investimenti significativi saranno richiesti dal prestatore di servizi.⁸⁸¹

Qualora la misura in questione non superi le condizioni stabilite nella Decisione, rimarrebbe il *Framework* attraverso il quale la misura in questione potrà sì essere dichiarata compatibile con il mercato interno, ma dovrà essere comunque notificata ex art. 108(3)TFUE. Ciò che sembrerebbe essere un nuovo requisito consiste nel fatto che gli Stati Membri devono dimostrare che hanno preso in dovuta considerazione i bisogni del servizio pubblico in questione attraverso il lancio di una consultazione pubblica o di altri strumenti appropriati col fine di esaminare gli interessi degli utenti e dei prestatori, a patto che non sia chiaro sin dall'inizio che una consultazione del genere non apporterebbe alcun valore aggiunto.⁸⁸²

Appare estremamente interessante la sezione dedicata al rispetto delle regole in materia di appalti pubblici⁸⁸³, secondo la quale l'aiuto in questione verrà considerato compatibile sulla base dell'art. 106(2)TFUE solo se l'autorità responsabile ha adempiuto o si è impegnata ad adempiere alle regole in materia di appalti pubblici nel momento in cui ha affidato ad una data impresa la missione di fornire il servizio.

Per rispetto delle regole in materia di appalti pubblici s'intendono i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione che discendono direttamente dai

⁸⁸¹ Art 2.

⁸⁸² Par. 14

⁸⁸³ sezione 2.6

Trattati e, laddove applicabile, il diritto secondario. Tutte le forme di aiuti che non rispettino tali regole saranno considerati come capaci di pregiudicare lo sviluppo del commercio ad un livello che sarebbe contrario agli interessi dell'Unione ex art. 106(2) TFUE.⁸⁸⁴

Vale sempre il principio in base al quale l'ammontare della compensazione non deve superare quanto necessario a coprire i costi netti affrontati nello svolgere l'obbligo di servizio pubblico, incluso un profitto ragionevole.⁸⁸⁵

Come viene stabilito dal *Framework*⁸⁸⁶, i requisiti contenuti nelle sezioni precedenti dello stesso, sono di norma sufficienti per assicurarsi che l'aiuto in questione non si riveli distorsivo della concorrenza in una maniera tale che sia contrario agli interessi dell'Unione. In alcuni casi, tuttavia, alcuni effetti distorsivi potrebbero rimanere irrisolti. Si fa riferimento, *inter alia*, alle distorsioni che possono nascere, ad esempio, quando l'affidamento abbia una durata che non sia giustificata da criteri oggettivi; in questo caso la Commissione valuterà modalità alternative che causino effetti distorsivi minori, come, per esempio, una riduzione della durata o del campo di applicazione.⁸⁸⁷

Una valutazione attenta sarà effettuata dalla Commissione anche laddove l'affidamento dell'obbligo di servizio sia connesso con diritti speciali o esclusivi che restringano in maniera seria la concorrenza nel mercato interno a tal punto da essere

⁸⁸⁴Par 19.

⁸⁸⁵Sezione 2.8.

⁸⁸⁶Sezione 2.9.

⁸⁸⁷par 55.

contraria all'interesse dell'Unione; se da un lato si può utilizzare, in questo caso, l'art. 106(1)TFUE, l'aiuto potrebbe non essere compatibile quando il diritto esclusivo offra vantaggi che non potrebbero essere valutati in maniera corretta, o quantificati secondo le metodologie con cui si possono calcolare i costi netti dei SIEG.⁸⁸⁸

Da ultimo, si segnala che la Commissione porrà un'attenzione elevata a tutte quelle situazioni laddove l'aiuto permetta all'impresa di finanziare la creazione o l'uso di un'infrastruttura che non sia replicabile e che gli permetta di chiudere il mercato in cui il SIEG sia fornito. In questi casi potrà essere richiesto che sia dato un accesso equo e non discriminatorio ai concorrenti a condizioni adeguate.⁸⁸⁹

4.4. Conclusioni.

Ciò che vale la pena domandarsi è che cosa occorra fare affinché le modalità attraverso le quali i servizi che sono resi su spazi in concessione, come, ad esempio, le concessioni demaniali marittime, non presentino elementi di aiuto di stato. Com'è apparso dalla disamina di cui sopra, né lo *status quo*, che non prevede l'esperimento di alcun tipo di gara non discriminatoria per la scelta del prestatore di servizi e per l'aggiudicazione della concessione, né soluzioni stravaganti, che contemplino sdemianializzazioni e diritti di opzione o diritti di prelazione sono neutre se esaminate attraverso le lenti dell'art. 107 TFUE e, qualora siano considerati SIEG, attraverso le

⁸⁸⁸ par 57

⁸⁸⁹ par 58.

lenti della sentenza *Altmark* e dell'art. 106(2)TFUE come interpretati dal Pacchetto "Almunia".

La *ratio* economica secondo la quale, in situazioni del genere, lo stato deve prevedere una procedura di evidenza pubblica risiede, innanzitutto, nel fatto per cui esso non conosce il mercato, ossia non conosce quale sia l'offerente migliore, chi potrebbe svolgere il servizio in questione in maniera più efficiente, attraverso un piano d'investimenti adeguato, o che potrebbe prevedere un certo tipo di offerta. La gara rimane, quindi, lo strumento migliore in capo alle autorità per conoscere la situazione e agire in maniera razionale.

Altre motivazioni, peraltro abbastanza intuitive, per cui, economicamente parlando, occorre prevedere una procedura di evidenza pubblica, sono rappresentate dalla scarsità delle risorse naturali o dalla scarsità della capacità tecnica⁸⁹⁰: ciò costituisce, infatti, una barriera all'ingresso che non può essere trascurata. Altra barriera all'ingresso è rappresentata dalla non-gara, ossia dal fatto che perché un'impresa possa accedere al mercato in questione, debba "acquistare la concessione" dal concessionario uscente e non possa partecipare, al pari di altri, ad una gara non discriminatoria e trasparente. Se, inoltre, sono presenti meccanismi giuridici quali diritti d'insistenza, rinnovi automatici, diritti di prelazione o di opzione, gli effetti distorsivi sulla concorrenza saranno notevoli. Stesso discorso varrà, *a fortiori*, per eventuali sdemanializzazioni.

Com'è stato ricordato sopra, inoltre, lo stato deve comportarsi come si comporterebbe un investitore o un consumatore privato. L'aiuto deve inoltre fungere da

⁸⁹⁰ Art. 12 della Direttiva 2006/123/CE

incentivo per l'impresa, incentivo senza il quale essa non adotterebbe mai il comportamento che si vuole ottenere attraverso l'aiuto. Quale incentivo si avrebbe, pertanto, nel non prevedere la gara? E, principio di fondamentale importanza, lo stato non deve concedere aiuti che violino il diritto europeo, in particolare le norme in materia di concorrenza e di mercato interno.

In casi come questo, una procedura di evidenza pubblica correttamente svolta crea una presunzione semplice di non sussistenza di elementi di aiuto di stato. Ciò vale sia si tratti di un servizio *stricto sensu*, sia si tratti di un SIEG. Come afferma, infatti, autorevolissima dottrina⁸⁹¹, alla domanda se vi sia o meno un obbligo di gara che discenda dal Pacchetto "Almunia" ogniqualvolta gli Stati si trovino a dover assegnare un SIEG, occorrerà rispondere affermativamente. L'obbligo di gara discenderebbe, infatti, dalla Comunicazione⁸⁹² stessa, laddove si dice chiaramente che concedere, senza evidenza pubblica, licenze o altri diritti speciali od esclusivi di occupare o usare il demanio pubblico, può implicare un trasferimento di risorse pubbliche e creare un vantaggio in capo ai beneficiari.⁸⁹³

⁸⁹¹ J.L. Buendia Sierra, *A turn of the screw*, <http://chillingcompetition.com/2012/03/14/a-turn-of-the-screw-ji-buendia-on-sgeis/>. L'autore precisa che in *Altmark* l'evidenza pubblica era un incentivo abbastanza forte, ma non ancora un obbligo vero e proprio. Se, tuttavia, l'obbligo di gara per la scelta dei SIEG di maggiore impatto è presente nel nuovo Pacchetto, occorrerà vedere come esso sarà interpretato.

⁸⁹²Cfr. par. 33.

⁸⁹³ Causa C-462/99 *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c Telekom-Control-Kommission, e Mobilkom Austria AG* [2003] ECR I-05197, par. 92 and 93; Causa T-475/04 *Bouygues and Bouygues Télécom SA c Commission* [2007] ECR II-02097, par. 101, 104, 105 and 111.

Degno di menzione sembra poi essere quanto contenuto all'interno del nuovo *Framework*⁸⁹⁴, in cui risulta evidente come, qualora la misura sotto esame non dovesse superare i requisiti di cui alla Comunicazione e alla Decisione, e qualora la misura richieda il rispetto delle regole in materia di appalti pubblici, tale aiuto di stato sarà considerato compatibile con il mercato interno sulla base dell'art. 106(2)TFUE solamente nel caso in cui l'autorità pubblica, nell'affidare la missione di SIEG ad un'impresa, abbia adempiuto o si impegni ad adempiere alle norme in materia di appalti pubblici.

Ciò include, infatti, ogni requisito di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione che discendano direttamente dai Trattati e, solamente laddove applicabile, dal diritto secondario. Un eventuale aiuto che non rispetti tali regole e requisiti sarà, pertanto, considerato capace di pregiudicare lo sviluppo del commercio in una modalità che sarebbe contraria agli interessi dell'Unione secondo il significato di cui all'art. 106(2) TFUE.

Ciò che appare lampante, in questo caso, è proprio l'utilizzo, da parte della Commissione, del rapporto tra appalti pubblici e aiuti di stato non solo per attrarre i SIEG all'interno della sfera del diritto europeo, ma anche per attuare delle politiche di liberalizzazione.⁸⁹⁵ E, se vige un obbligo di gara per la scelta del prestatore che dovrà

⁸⁹⁴ Cfr. par. 19.

⁸⁹⁵ J.L.Buendia Sierra e J.M. Panero Rivas, *The Almunia Package: State Aid and Services of General Economic Interest*, in E. Szyszczak, J.W. van de Gronden (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization*, Springer, 2013.

fornire un SIEG, *a fortiori* si dovrà sostenere che esista tutte le volte che non si stia parlando di un SIEG.

Come, d'altronde, è già emerso dai capitoli precedenti, l'obbligo di gara discenderebbe proprio dal combinato disposto tra le norme dei Trattati e relativa giurisprudenza da un lato, e principi generali in materia di appalti pubblici e funzione concessoria e appaltante della direttiva 2006/123/CE dall'altro. E' d'uopo, altresì, rammentare come la normativa vada interpretata alla luce del principio generale di concorrenza e che, qualora vi siano situazioni dubbie, varrà la massima *in dubio pro concurrentia*.

Conclusioni

Alla luce di quanto esaminato, vale la pena trarre delle conclusioni d'insieme che mettano insieme i risultati della ricerca. Innanzitutto, come evidenziato nel primo capitolo, appare chiaro che le attività economiche oggetto del presente lavoro sono qualificabili come servizi ai sensi del diritto dell'Unione e, in virtù delle loro caratteristiche, sembrano essere ricomprese all'interno del campo di applicazione dell'art. 49 TFUE, ossia della Libertà di Stabilimento. Di conseguenza, sempre nell'ambito del diritto primario, sono applicabili anche i principi generali del diritto europeo, come, ad esempio, il principio di non discriminazione o di parità di trattamento e tutti quei principi generali che sono poi declinati, come sarà evidenziato nel secondo capitolo, in materia di appalti pubblici e concessioni.

In aggiunta, anche la Carta dei Diritti Fondamentali sembra giocare un ruolo non indifferente nel caso di specie, proprio in virtù del fatto che essa tutela la libertà d'impresa e, quindi, il diritto di ogni persona fisica e giuridica di concorrere, senza discriminazioni dirette o indirette, alla gestione dei servizi offerti su spazi demaniali.

Nel secondo capitolo, invece è stato esaminato l'impatto diretto della Direttiva "Servizi", da un lato, e, dall'altro, quello indiretto delle Direttive "Appalti" e della Direttiva "Concessioni". Nel primo caso, si è dimostrato come, nonostante la genesi tormentata della stessa, nonostante il disordine venutosi a creare in sede implementativa e nonostante il fatto che essa nulla aggiunge, in materia di diritto sostanziale, alla disciplina di Libertà di Stabilimento e Libera Prestazione di Servizi, l'obbligo da parte degli Stati Membri d'introdurre una procedura di evidenza pubblica per aggiudicare autorizzazioni o concessioni che siano limitate per via della scarsità delle risorse

naturali o della capacità tecnica, denoti una vera e propria “funzione appaltante e concessoria” che copre tutti i titoli abilitativi che sfuggono all’applicazione della nuova Direttiva “Concessioni” perché non qualificabili come concessioni ai sensi del diritto dell’Unione.

Inoltre, appare altresì chiaro che, nel caso inverisimile in cui si reputi la Direttiva “Servizi” non applicabile ai servizi oggetto del presente lavoro, l’obbligo di gara e la necessità di una durata limitata delle concessioni o delle autorizzazioni, derivi dal diritto primario stesso, in particolare dai principi generali in materia di appalti pubblici.

Per quanto attiene alle Direttive “Appalti”, invece, sebbene esse non siano applicabili ai servizi offerti su spazi demaniali, proprio perché non sono qualificabili come contratti d’appalto, esse dimostrano come vengono applicati i principi generali in materia di appalti pubblici e come questi ultimi dovrebbero essere applicati ai servizi offerti su spazi demaniali in concessione.

La Direttiva “Concessioni” è, infatti, insieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, un esempio di quanto la disciplina delle concessioni abbia preso in prestito dalla disciplina degli appalti. Nonostante i servizi oggetto del presente lavoro non sembrino, almeno per il momento, qualificabili come concessioni di servizi ai sensi del diritto europeo, essa rende evidente come l’applicazione dei principi generali in materia di appalti pubblici anche al settore delle concessioni possa comportare un incremento del livello di concorrenza generale.

Sulla natura dei servizi offerti su spazi demaniali, ossia sul fatto se essi debbano qualificarsi come concessioni o come autorizzazioni, va detto che nulla cambia ai fini di

configurare un obbligo di durata limitata e d'introduzione di procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli stessi da parte degli Stati Membri. Pertanto, tali attività potrenno essere qualificabili, o come autorizzazioni, o come concessioni al di fuori del campo di applicazione della Direttiva "Concessioni". Tuttavia, va rilevato come essi siano comunque, ai sensi del diritto dell'Unione, dei veri e propri servizi. Ciò a prescindere dal fatto che l'oggetto della concessione o dell'autorizzazione sia un bene. Infatti, il prestatore di servizi anela ad ottenere il bene non per il bene in sé, ma in quanto su di esso potrà poi svolgere la propria attività economica.

Nel terzo capitolo, si è analizzata la situazione italiana, figlia di una serie di stratificazioni normative che mai hanno tentato d'introdurre una procedura di evidenza pubblica per la scelta del concessionario. Al momento, dopo che alcuni partiti politici e le associazioni delle categorie interessate hanno cercato di spingere per soluzioni maldestre che non solo non avrebbero risolto il problema, ma che avrebbero aumentato il rischio dell'apertura di una nuova procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea, si è in una situazione di stallo.

Interessante è il confronto con gli ordinamenti di Portogallo, Croazia, Francia e Spagna, da cui emerge che tutti prevedono sia una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei servizi di cui sopra sia una durata limitata degli stessi, anche se la durata massima prevista da Portogallo e Spagna sembra destare alcune perplessità. I due sistemi più all'avanguardia in termini di concorrenza e rispetto del diritto europeo sembra essere quello francese, che addirittura considera quelle che per l'ordinamento italiano sono concessioni demaniali marittime come delle concessioni di servizio pubblico.

Nel quarto capitolo, invece, ci si è interrogati se lo status quo e le soluzioni maldestre avanzate da alcuni partiti politici e dalle associazioni di categoria, evidenziate nel terzo capitolo, possano essere censurabili attraverso la normativa in materia di aiuti di stato. Come dimostrato, entrambe le situazioni, ossia lo status quo e le eventuali soluzioni “pasticcio” proposte, possono costituire degli aiuti di stato non compatibili con il mercato interno. In altre parole, in assenza di una procedura di evidenza pubblica e del rispetto dei principi generali in materia di appalti pubblici vi sarebbe una vera e propria presunzione semplice di aiuto di stato, anche qualora le concessioni o le autorizzazioni in questione siano considerate come servizio pubblico.

Bibliografia

AA.VV. *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2008, V ed., p. 20

AA.VV. *Information et participation du public*, in AJDA, 2006, 42, p. 2314 ss.

AA.VV. *La codification du droit des propriété des personnes publiques*, in AJDA, 2006, p. 1073 ss;

AA.VV., *Evolutions recentes du droit du littoral*, in AJDA, 2005, p. 354 ss.

AA.VV., *La Ley de Costas y su reglamento*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2000

Alexis, A., *Services publics et aides d'Etat*, Revue du droit de l'Union Européenne, 2002, p. 63.

Arrowsmith, S., *Modernising the EU's public procurement regime; a blueprint for real simplicity and flexibility*, PPLR 2012

Arrowsmith, S., *Modernising the European Union's Public Procurement Regime: a blueprint for real simplicity and flexibility* (2012) PPLR 3, 101-105;

Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet&Maxwell, 2005

Arrowsmith, S., Treumer, S. *Competitive Dialogue in EU Procurement*, CUP, 2012

Arrowsmith, S., Trybus, M., *Public Procurement: The Continuing Revolution*, Kluwer Law International, 2002

Barnard, C., *Employment Law*, OUP, 2012

Barnard, C., *The Substantive Law of the EU-The Four Freedoms*, CUP 2013.

Bellesi, A., Nesi, E., Righi, R., Toselli, L., *Il Demanio Marittimo tra Stato e Autonomie Locali. Alla Ricerca di una difficile sintesi*. Aracne, 2013.

Bergeal, C., *Les concessions de plage sont des délégations de service public*, in *Revue française de droit administratif*, 2000, 16;

Boiteau, C., *Les conventions de délégation de service public*, *Moniteur*, 2007.

Bovis, C.H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2013

Bovis, C.H., *Financing Services of General economic interest in the EU: how do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?* *ELJ* 11 (2005).

Bovis, C.H., *Highlight of the EU Procurement Reform: The New Directive on Concessions Contracts*, *EPPPPL* 1/2014

Bovis, C.H., *Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Interest*, ERA Academy of European Law, 23-24 maggio 2011, www.era-comm.eu/dalaw/public_procurement_issues.html;

Brown, A., *EU Primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives*, *PPLR* 2010, 5, 169-181.

Brown, A., *Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main* *PPLR* 2010, 5, NA 160-166

Brown, A., *Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty*, PPLR 2007

Brown, A., *Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty*, PPLR 2007

Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, OUP, 1999;

Buendia Sierra, J.L., *Finding the right balance: state aid and services of general economic interest*, in Liber Amicorum Francesco Santaolalla Gadea, EC State Aid Law, alphen a7d Rijn, Kluwer Law International

Buendia Sierra, J.L., e Panero Rivas, J.M., *The Almunia Package: State Aid and Services of General Economic Interest*, in E. Szyszczak, J.W. van de Gronden (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization*, Springer, 2013

Burnett, M., *The New European Directive on the Award of Concessions Contracts-Promoting Value for Money in PPP Contracts?*, EPPPL 2/2014

Caggiano, G., *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, Studi sull'integrazione europea. Anno VII (2012), n. 2-3.

Calero Rodríguez, J.R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, 1995; A. Moreno Cànoves, *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, 1990;

Caranta, R., Edelstam, G., Trybus, M., *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant 2013

Casini, L., *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2007, 1, pag. 176 ss

Castorina, E., Chiara, G., *Beni Pubblici, Artt. 822-830*, in *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè editore;

Coppoloni, C., *La conception française du service public, défaite ou conquete*, JCP A 2007, p. 2101;

Craven, R., *The EU's 2014 Concessions Directive*, PPLR, 4/2014

Cruz, J.B., *Between Competition and Free Movement*, Hart Publishing, 2002.

D'acunto, S., *Direttiva Servizi (2006/123/CE): Genesi, obiettivi, contenuti*, Giuffrè, 2009.

de Mars, S., *The Limits of general principles: a procurement case study* ELRev 2013

De Witte, B., "Setting the scene: How did services get to Bolkenstein and Why", EUI Working Papers, 2007.

del Pino Rodríguez González, M., *El dominio público marítimo terrestre*, in J.V. González García (a cura di), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, 2005.

Delacour, *Evolution de la délégation de service public depuis dix ans: Collectivités-Intercommunalité* 2003;

Delaire, Y., *La délégation des services publics locaux*, Berger-Lerrault, 2003; J. D. Dreyfus, *Le définition légale des délégations de service public*: AJDA 2002;

de la Rosa, S., "L'écriture des libertés de circulation" in (a cura di) E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, Bruylant, 2013;

Desentado Daroca, E., *La Reforma de la Ley de Costas por la Ley 2/2013: una solución adecuada al problema de los enclaves privados?* in Revista de Administració Pública, 193/2014.

Di Lascio, F. *La Concessione di Spiaggia in Altri Ordinamenti*, in M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole*, Il Mulino, 2011

Doldani, D., *La délégation de service public, so fonction, ses critères*, RFDA 2010, p. 114.

Douence, J.C., *Les contrats de délégation de service public*, RFD adm. 1993, p. 941;

Dragos, D., Caranta, R., *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty?*, DJOF Publishing, 2012

Fajardo Spinola, L., *Coordinacion de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa*, in Revista de Administració Publica, 1992, 128, p. 235 ss.

Ferrari-Breeur, M., (a cura di) *La Directive "services" en principe(s) et en pratique*, Bruylant, 2011.

Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, 2010

Garabiol-Furet, M.D., *Pladayar por le principe du pays d'origine*, in Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne 495/06

Gerentes, B., *La délégation de service public*, Territorial, 2007.

Giacometti, L., *Il nuovo codice degli appalti pubblici coordinato con il regolamento di attuazione*,
Metellica: Nuova Giuridica, 2012

Giannini, M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962

Gonzales Salinas, J., *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, 2000;

Hatzopoulos, V., *Que reste-t-il de la directive sur les services?* CDE 2007

Hatzopoulos, V., *Regulating Services in the European Union*, OUP 2012

JAuby, J.B., Maugué, C., *Les contrats de délégation de service public*, JCP G 1994 I, p 3743;

Jesùs Montoro Chenier, M., *La Ley de Costas. Un proyecto viable?* In Civitas, 1988, 58, p. 181 ss;

Kaflèche, G., *Secteur public et concurrence: la convergence des droits*, AJDA 2007, p. 2420.

Korpenschiff, M., *Le financement des services d'intérêt économique général simplifié et sécurisé*, JCP A
2012, 2006;

Kostonis, T., *The Nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria:*
Lianakis V Dimos Alexandroupolis (C 532/06) (2008) PPLR 4, NA 128-134

Kotsonis, T., *Discriminatory Selection criteria and the nature of award criteria-applying the Lianakis*
ruling in a utilities context: Commission v Greece (C-199/07), PPLR, 2010, 3, NA 77-90

Kotsonis, T., *Taking Stock: The Competitive Dialogue four years on*, Infrastructure Journal, 2010.

Kotsonis, T., *The definition of special or exclusive rights in the Utilities Directive: Leased Lines or Crossed Wires?* PPLR 2007, 1, 68-94.

Krugner, M., "The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions", PPLR 2003

Lember, V., Kattel, R., Kalvet, T., *Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives*, Springer 2013

Manteca-Valdelande, V., *El dominio publico marítimo-terrestre: clasificación y definición de los bienes que lo integran*, in *Actualidad Administrativa*, 2002, 4

Martucci, F., « situations purement internes et liberté de circulation, in (dir.) E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, Bruylant, 2013;

Maugué, C., *La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages*, in *AJDA*, 2006, 27, pag 1496

McGovern, P., *Selection and Award Criteria: Clinton v Department for employment and Learning* (2012) PPLR 4, NA 215-219

Meilà Gil, J.L., *El Concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de Lei de Costas*, in *Civitas*, 1989, 59.

Morbidelli, G., Zappolato, M., *Appalti pubblici*, in *Trattato di Diritto Amministrativo europeo. Parte speciale*, diretto da M. P. Chiti e M. Greco, 1 Milano, 2007, 214

Moreau, D., Richer, L., Delarc, C., *Les marchés de service public: un nouveau mode de gestion des services publics.*

Nicolaides, P., *Compensation for public service obligations: opening the floodgates of state aid?* ECLR, 24(2003)

Nicolaides, P., Schoenmaekers, S., *Public procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship*, EPPPL 1/2014;

Nicolaides, P., *The distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgement*, ECLR, 23 (2002)

Noguellou, R., Stelkens U. (a cura di), *Droit comparé des contrats publics*, Buylant, 2010.

Picod, F., *Le champ d'application de la directive n. 2006/123/CE*, Europe 2007

Prechal, S., De Vries, S.A., *Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht*, in 1 SOCIAAL-ECONOMISCHE WETGEVING: TIJDSCHRIFT VOOR EUROPEES EN ECONOMISCH RECHT 425, 434–35 (2008)

Prieto, C., *La liberté d'établissement et de la prestation des services*, in Revue trimestrielle du Droit Européenne 2005

Quigley, C., *EU State Aid and Policy*, Hart Publishing, 2009

Rayment, B., *A note on Lettings Internationa v London Bourough of Newham* (2009) PPLR 4, 147-149

Rodríguez Lòpez, P., *Comentarios a la ley de costas: doctrina y jurisprudencia*, Dijusa International, 2003;

Rodríguez Lòpez, P., *Playas y costas en el derecho español. A proposito de la Ley de Costas de 1988*, Bosch Editor, 2010;

Rossi, L.S., *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino, Giappichelli 2011

Rossi, L.S., *Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Le scommesse dell'Europa, Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G Bronzini, F Guarriello, V Piccone, Roma 2009

Sánchez Graells, A., *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?* 2012 (21) 6, PPLR;

Sanchez Graells, A., *What need and logic for a new Directive on Concessions, particularly regarding the issue of their economic balance?* EPPPLR 2012 7(2)

Sanchez-Graells, A., *Public Procurement and Competition Rules*, Hart Publishing, 2011

Schoenmaekers, S., Devroe, W., Philipsen, N., (a cura di), *State Aid and Public procurement in the European Union*, Intersentia, 2014

Seiller, *Evolution de la conception française du service public et de son dualisme*, JCP A 2007, p. 2097;

Skilbeck, J., *Letting International-is there a distinction between criteria, subcriteria and even sub-sub criteria in procurement law?* Luglio 2008 disponibile su <http://monckton.com/docs/library/LettingInternationalNewhamJul08JSS.pdf>

Skouris, V., Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, 3 DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG 59, 89–97 (2006);

Snell, J., *The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan?*, 47 CMLR. 437 (2010),

Stelkens, U., Weiss, W., Mirschberger, M. (a cura di), *The Implementation of the EU Services Directive* (Springer 2012)

Szyszczak, E., Davies, J., Andenaes, M., Bekkedal, T. (Eds), *Developments in Services of General Interest*, Springer, 2011

Szyszczak, E., *Modernising State aid and the financing of SGEI*, JCL&P, 3:332, 2012;

Szyszczak, E., van de Gronden, J.W., (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest-Reform and Modernization*, Springer, 2013

Tigano, F., *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino 2008

Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's guide*, OUP 2007;

Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, OUP 2006.

Trepte, P., *Regulating Procurement: Understanding the ends and Means of Public Procurement Regulation*, OUP, 2004

Treumer, S., *Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's Proposals of December 2011* (2012) PPLR 5, 153-166.

Treumer, S., *Technical dialogue and the principle of equal treatment-dealing with conflicts of interest after Fabricom*, PPLR 2007, 2, 99-115

Treumer, S., *Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers* PPLR 1999, 3, 147-160

Treumer, S., *The distinction between selection and award criteria in EC public Procurement law- a rule without exception?* (2009) PPLR 3, 103-111

Treumer, S., *The Selection of qualified firms under EC Procurement Directives* (1998) PPLR 6, 147-154

Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, OUP, 2006.

Tryfonidou, A., *Further steps on the road to convergence among market freedoms*, European Law Review, 35(1)

Tryfonidou, A., *Resolving the reverse discrimination paradox in the area of customs duties: The Lancry saga*", (2011) European Business Law Review

Tryfonidou, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, 2009

Tryfonidou, A., *Reverse discrimination in purely internal situations: an incongruity in a citizens' Europe*", (2008) 35 legal Issues of Economic Integration, pp- 43-67

Usai, A., *The Services Directive in Between a Messing and Fragmented Integration and the Urgent Need to Complete the Single Market*, Maastricht University Working Paper 3/2014, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2421262;

Usai, A., *Caught Between the Public Procurement Principles and the Public Procurement Function of Directive 2006/123/EC-Still a grey area in search for legal certainty*, EPPPL review 4/2014.

Usai, A., *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social and Political Integration*, German Law Journal, 14 (9) 2013, disponibile su http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No9/14.9.10_Usai_Business%20Freedom.pdf.

von Bogdandy, A., *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, 2011.

Von Bogdandy, A., Kottmann, M., Anthpohler, C., Dikschen, J., Hentrei, S., Smrkolj, M., *Reverse Solange-Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, 49 (2) CMLR, 2012.

Weishaar, S., *Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economic Approaches to Bid Rigging*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2013

Williams, R., *Commission Proposal to modernise public procurement* (2012) PPLR 3, 101-105

Risorse online e/o Report

Report della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sullo stato del mercato unico dei servizi, presentato al primo passo della Strategia del Mercato Interno dei Servizi, COM (2002) 441, 30.7.2002.

Bruegel Policy Brief, *Single Market Trails Home Bias* del 5 ottobre 2006

J. L. Buendia Sierra, *A turn of the screw*, <http://chillingcompetition.com/2012/03/14/a-turn-of-the-screw-jl-buendia-on-sgeis/>

P. Cecchini, M. Catinet, A. Jacquemin (1988) *The European Challenge: 1992. The Benefits of a Single Market* (Aldershot: Wildwood House).

M. P. Maduro, report al Parlamento europeo, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, 2012

Legislazione UE

Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria di certune imprese.

Regolamento 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara certe categorie di aiuto compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato

Regolamento 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli aiuti *de minimis*.

Direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche.

Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»);

Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche

Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e il regolamento (CE) n. 2006/2004 (direttiva sulle pratiche commerciali sleali).

Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 sul riconoscimento delle qualifiche professionali;

Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti in concessione.

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE.

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la Direttiva 2004/17/CE.

Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Direttiva 94/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi.

Direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 Coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative concernenti l'esercizio delle attività televisive.

Direttiva 97/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Direttiva del Consiglio 89/11/EEC del 13 febbraio 1989 sulle obbligazioni delle filiali di un istituto di credito e finanziari che hanno la loro sede al di fuori di tale Stato membro riguardante la pubblicazione dei documenti di conto annuali.

Direttiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 gennaio 2009 sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio

Direttiva del Consiglio 93/22/EEC del 10 maggio 1993 relativa ai servizi nel campo degli investimenti in valori mobiliari.

Regolamento CE n. 1260/1999 del Consiglio del 21 giugno 1999 recante disposizioni generali sui fondi strutturali.

Regolamento n. 1024/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, relative alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno e che abroga la decisione 2008/49/CE della Commissione (“Regolamento IMI”).

Soft Law

Commission Communication on State Aid Elements in sales of land and buildings by public authorities del 10 luglio 1997.

Commission interpretative Communication on Concessions Under Community Law del 29 luglio 2000.

Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards nor or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives del 23 giugno 2006.

Commission Staff Working Paper Extended Impact Assessment of proposal for a directive on services in the internal market COM (2004) 2 final, SEC (2004) 21, del 13 gennaio 2004.

Communication from the Commission on the application of the European Union State Aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest dell' 11 gennaio 2012.

Communication from the Commission, European Union Framework for state aid in the form of public service compensation, dell' 11 gennaio 2012.

Comunicazione *L'atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, COM 2011 206.

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *Una Strategia per il Mercato interno dei Servizi* COM (2000) 888, del 29 dicembre 2000.

Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, *Piano d'Azione per il Mercato Unico*, SEC (97) 1 final;

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni COM 2005 569 del 15 novembre 2005.

Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 intitolata *Europa 2020-una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

Comunicazione della Commissione Europea – Gli appalti Pubblici nell'Unione Europea, COM (98) 143, dell'11 marzo 1998.

Comunicazione della Commissione, *A Europe of Results-Applying Community Law*, COM (2007) 502, del 5 settembre 2007.

Nota esplicativa della Commissione europea- Dialogo Competitivo-Direttiva classica (Doc CC/2005/04 revisionata nel 2005 e poi nel 2008).

Nota esplicativa della Commissione europea- Dialogo Competitivo-Direttiva classica (Doc CC/2005/04 revisionata nel 2005 e poi nel 2008)

Nota esplicativa della Commissione europea-Direttiva Utenze-Definizione di diritti esclusivi o diritti speciali.

Office of Government Commerce del Regno Unito, *OGC Guidance on Technical specifications*, disponibile su <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://www.ogc.gov.uk/documents/NonDiscriminationInTechnicalSpecifications.pdf>

Office of Government, *Introduction to the EU Procurement rules*, Marzo 2008, per avere un inquadramento generale della disciplina, disponibile su [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://www.ogc.gov.uk/documents/Introduction to the EU rules.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://www.ogc.gov.uk/documents/Introduction%20to%20the%20EU%20rules.pdf).

Office of Government, Action Note 04/09 del 29 aprile 2009 *Requirement to distinguish between “selection” and “award” stages of a public procurement, and to give suppliers complete information about the criteria used in both stages* disponibile su <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110822131357/http://www.ogc.gov.uk/documents/PPN0409.pdf>

Programma generale per l'abolizione delle restrizioni in materia di libera prestazione dei servizi Ed Serie II Volume IX p. 3.

Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2003 sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, il parlamento europeo, il Comitato economico sociale e il Comitato delle regioni: “2002 Review of the Internal Market Strategy-delivering the promise”, COM (2002) 171- C5-0283/2002-2002/2143 (COS). A5-0026/2003. par. 35, 36.

Commission Decision of 20 December on the application of article 106(2) TFEU to State Aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, OJ 2012 L 7/3

Commission Decision of 28 November 2005, C (2005) 2673 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State Aid in the Form of Public Service Compensation Granted to Certain Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, OJ 2005 L 312/67

Altro

Il Completamento del mercato unico: Libro bianco della Commissione al Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985), COM(85) 310, 14.6.1985

Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea-Spunti di riflessione per il future, Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996, su proposta dell'allora Commissario Mario Monti disponibile su http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_it.pdf

Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici- Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM 2011 15 def

Legislazione Statale

Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70; semestre europeo, prime disposizioni urgenti per l'economia, GU n. 110 del 13.5.2011;

Legge 15 dicembre 2011, n. 217; Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010.GU n.1 del 2.1.2012

Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327; Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione.GU n.93 del 18.4.1942

Decreto legge del 30 dicembre 2009, n. 194, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, GU n. 302 del 30.12.2009.

Legge 26 febbraio 2010, n. 25, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative”, GU n. 48 del 27.2.2010, suppl. 39

Legge 22 luglio 1975, n. 382, Norme sull’ordinamento regionale della pubblica amministrazione, GU n. 220 del 20.8.1975

Legge 15 marzo 1997, n. 59, “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa, GU n. 63 del 17.3.1997

Decreto legislativo 30 marzo 1999, n. 96, Intervento sostitutivo del Governo per la ripartizione di funzioni amministrative tra regioni ed enti locali a norma dell’art. 4, comma V, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni, GU, n. 90 del 19.4.1999, Art. 42.

Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, GU, n. 248 del 24.10.2001

Decreto Legislativo 23 maggio 2011, n. 79, Codice della Normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell’articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonce attuazione della direttiva 2008/122/CE relative ai contratti di multiproprietà, contratti relative ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio, GU n. 129 del 6.6.2011, suppl. 139

Decreto del Presidente della Repubblica 2 dicembre 1997, n. 509, Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautical da diporto, a norma dell’articolo 20, comma della legge 15 marzo 1997/59, GU n. 40 del 18.2.1998;

Legge 12 luglio 2011, n. 106; conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, GU n. 160 del 12.7.2011.

Decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85 attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42, GU n. 134 dell' 11.6.2010

Legge 5 maggio 2009, n. 42, delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, GU n. 103 del 6.5. 2009

Legge 27 dicembre 2006, n. 296, disposizioni per la formazione del bilancio annual e pluriennale dello Stato (Legge Finanziaria 2007), GU del 27.12.2006, suppl. 244

Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179. Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, GU n. 245 del 19.10.2012

Legge 27 dicembre 2013, n. 147 disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di Stabilità 2014), GU n. 302 del 27.12.2013;

Decreto Legislativo 28 maggio 2010, n. 85. Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42. GU n.134 del 11.6.2010.

Legge 5 maggio 2009, n. 42. Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione. GU n.103 del 6.5.2009.

Decreto Legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato - città ed autonomie locali. GU n.202 del 30.8.1997.

Decreto Legislativo 1 aprile 2004, n. 111. Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia concernenti il trasferimento di funzioni in materia di viabilità e trasporti. GU 103 del 4.5.2004

Legge 5 giugno 2003, n. 131. Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. GU n.132 del 10.6.2003.

Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 112 Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59. GU n.92 del 21.4.1998 - Suppl. Ordinario n. 77

Decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616. Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382. GU n.234 del 29.8.1977 - Suppl. Ordinario.

Decreto Legge 5 ottobre 1993, n. 400 Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime. GU n.234 del 5.10.1993.

Legge 4 dicembre 1993, n. 400. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, recante disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime. GU n.285 del 4.12.1993.

Legge 16 marzo 2001, n. 88. Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime. GU n.78 del 3.4.2001.

Legge 16 maggio 1970, n. 281. Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario. GU n.127 del 22.5.1970.

Decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328. Approvazione del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione (Navigazione marittima). GU n.94 del 21.4.1952 - Suppl. Ordinario

Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194 Proroga di termini previsti da disposizioni legislative. GU n.302 del 30.12.2009.

Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179 Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese. GU n.245 del 19.10.2012 - Suppl. Ordinario n. 194

Legge 17 dicembre 2012, n. 221 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese. GU n.294 del 18.12.2012 - Suppl. Ordinario n. 208.

Legge 24 dicembre 2012, n. 228 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilita' 2013). GU Serie Generale n.302 del 29.12.2012 - Suppl. Ordinario n. 212.

Decreto 5 agosto 1998, n. 342 Regolamento recante norme per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime per finalita' turisticoricreative. GU n.233 del 6.10.1998

Proposte legislative:

Schema di decreto legislativo c.d. "Gnudi" ai sensi dell'art. 11, comma II, l. 217/2011 (Legge Comunitaria 2010)

Legislazioni Regionali

Friuli Venezia Giulia:

Legge Regionale 13 novembre 2006, n. 22; 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, BUR n. 46 15.11.2006.

Legge Regionale 20 marzo 2000, n. 7. Testo unico delle norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso. BUR n. 12 del 22.3. 2000.

Legge Regionale 31 maggio 2002, n. 14 Disciplina organica dei lavori pubblici. Suppl. Straord. BUR n. 11 4.6. 2002.

Legge Regionale 16 gennaio 2002, n. 2. Disciplina Organica del Turismo. Suppl. Straord. BUR n. 1 del 18.1.2002

Legge Regionale 30 luglio 2009, n. 13. Disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione Friuli Venezia Giulia derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Attuazione della direttiva 2006/123/CE Attuazione dell'articolo 7 della direttiva 74/409/CEE concernente la conservazione degli uccelli selvatici. Attuazione del regolamento CE 853/2004 in materia di igiene per gli alimenti di origine animale modifiche a leggi regionali in materia di sportello unico per le attività produttive, di interventi sociali e artigianato, di valutazione ambientale strategica VAS, di concessioni del demanio pubblico marittimo, di cooperazione allo sviluppo, partenariato internazionale e programmazione comunitaria, di gestione faunistico-venatoria e tutela dell'ambiente naturale, di innovazione-legge comunitaria 2008

Emilia Romagna:

Legge Regionale 31 maggio 2002, n. 9. Disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriale.

Legge Regionale 21 aprile 1999, n. 3. Riforma del sistema regionale e locale.

Toscana:

Legge Regionale del 1998, n. 88.

Legge Regionale del 2009, n. 77.

Veneto:

Legge regionale 4 novembre 2002, n. 33. Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo.

Altre legislazioni

Portogallo:

Legge 54/2005

Legge 44/2012

Decreto-legge 226-A/2007

Legge 17/2014

Legge 58/2005

Decreto Legge 130/2012

Croazia

Maritime Domain and SeaPorts Act (n. 11/2002), Gazzetta Ufficiale della Repubblica Croata 158/2003

Francia

Code général de la propriété des personnes publiques(CGPPP)

Legge 93-122/1993

Legge 2014-873

Code général des collectivités territoriales(CGCT).

Spagna:

Ley de Costas 1988

Ley de Costas del 2013

Decisioni della Commissione

Decisione della Commissione SA.33167 Proposed alternative method to valuate agriculture and forestry land in Germany when sold by public authorities DE, del 14.6.2011. C/43/2013.

Decisione della Commissione N 264/2002 London Underground PPP del 12.12.2002. C/309

Giurisprudenza Europea

Causa 101/94 *Commissione c Italia* [1996] ECR I 2691.

Causa 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris c. Klopp* [1984] ECR 2971.

Causa 120/78 *rewe Zentral (cassis de Dijon)* [1979] ECR 649.

Causa 13/76, *Donà c Mantero* [1976] ECR 1333.

Causa 143/83, *Commissione c. Danimarca* [1985] ECR 427.

Causa 2/74 *Reyners c Belgio* [1974] ECR 631.

Causa 24/86, *Blaizot c Università di Liège* [1988] ECR 379.

Causa 270/83, *Commissione c. Francia*, [1986] ECR 00273.

Causa 279/80, *Webb* [1981] ECR 3305.

Causa 289/81, *Mavridis c Parlamento* [1983] ECR 1731

Causa 29/84, *Commissione c Germania* [1985] ECR 1661

Causa 292/86 *Gullung c Conseil de l'ordre des avocats de Colmar* [1988] ECR 111

Causa 33/74, *van Binsbergen c Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299.

Causa 352/85, *Bond van Adverteerders e altri c. Paesi Bassi* [1988] ECR 2085.

Causa 36/74, *Walrave e Koch c Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405.

Causa 363/85, *Commissione c Italia* [1987] ECR 1733.

Causa 4/73, *Nold* [1974] ECR 491.

Causa 40/75, *Bertrand SA*, [1976] ECR 00001

Causa 45/87, *Commissione c. Irlanda* [1998] ECR 4929

Causa 52/75, *Commissione c Italia* [1976] ECR 277

Causa 74/74, *CNTA* [1975] ECR 533.

Causa 78/76, *Steinike und Weinlig c Germania* [1977] ECR 595.

Causa 79/85 *Segers c Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringwegen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR 2375

Causa 82/77, *Van Tiggele*, Conclusioni AG Capotorti, [1978] 00025.

Causa 96/85, *Commissione c. Francia*, ECR 1986 01475.

Causa C 21/03 *Fabricom SA c Belgio* [2005] ECR I 1559.

Causa C 442/00 *Ángel Rodríguez Caballero contro Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, [2002] ECR I 11915

Causa C 6/05, *Medipac*, [2007] ECR I 4557.

Causa C- 257/99, *Barkoci e Malik*, [2001] ECR I 6557.

Causa C-106/91, *Claus Ramrath c. Ministre de la Justice, and l'Institut des réviseurs d'entreprises*, ECR 1992 I-03351

Causa C-110/05 *Commissione c. Italia* [2009] ECR I 519.

Causa C-114/97, *Commissione c Spagna* [1998] ECR 6717

Causa C-118/96, *Safir* [1998] ECR I 1897.

Causa C-119/92, *Commissione c. Italia* [1994] ECR I 393.

Causa C-12/08, *Mono Car Styling* [2009] ECR I 0000.

Causa C-120/88, *Commissione c Italia* [1991] ECR I-621

Causa C-127/73 *BRT v SABAM* [1974] ECR 313.

Causa C-130/01, *Commissione c. Italia* [2003] ECR I-1659.

Causa C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH c. Republik Österreich*[2012] ECR 0000

Causa C-140/03, *Commissione c. Grecia* ECR 2005 I-03177.

Causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo Spa c Presidenza del Consiglio dei Ministri* [2010] ECR I-05243.

Causa C-147/06/ 148/06 *SECAP SpA) e Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) c Comune di Torino* [2008] I 03565.

Causa C-152/88, *Sofrimport c Commissione* [1990] ECR I-2477.

Causa C-154/09, *Commissione c. Portogallo*, [2010] I 00127

Causa C-159/90, *Spuc c Grogan*, [1991] ECR I-4685

Causa C-160/08, *Commissione c. Germania* [2010] ECR 3713

Causa C-162/99, *Commissione c. Italia* [2001] ECR I-541

Causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c Inspire Art Ltd*, ECR 2003 I-10155

Causa C-168/91, *Kostantinidis* [1993] ECR I-1191

Causa C-169/07 *Hartlauer handelgesellschaft mbH c Wiener Landesregierung* [2009] ECR I-1721

Causa C-17/00, *De Coster* [2001] ECR I 9445

Causa C-171/02, *Commissione c. Portogallo*, [2004] ECR I-05645

Causa C-172/03, *Haiser*, [2005] ECR I 01627

Causa C-177/90, *Kuhn c Landwirtschaftskammer Weser-Ems* [1992] ECR I 35

Causa C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova* [1991] ECR I-5889

Causa C-182/83, *Fearon*, [1985] ECR I-3677

Causa C-189/03, *Commissione c. Paesi Bassi* [2004] ECR I-9289

Causa C-19/00 *SIAC* [2001] ECR 7725

Causa C-196/08 *Acoset SpA contro Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e altri* [2009] I 09913,

Causa C-196/08, *Acoset Spa* [2009] ECR 9913.

Causa C-200/96, *Metronome Musik GmbH c Music Point Hokamp GmbH*, 1998 ECR I 1953

Causa C-203/08, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie* [2010] ECR I 04695

Causa C-203/98, *Commissione c. Belgio*, [1999] ECR I-04899

Causa C-205/99, *Analir e altri c Administración general del Estado* [2001] ECR I 1271

Causa C-208/00 *Uberseering* [2002] ECR I 305

Causa C-212/06, *Wallon Government* [2008] ECR I-1683

Causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECR 1999 I-01459

Causa C-215/01 *Schnitzer* [2003] ECR 4847

Causa C-218/82, *Commissione c Consiglio* [1983] ECR 4063

Causa C-221/12, *Belgacom NV contro Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) e altri*

Causa C-221/89, *R c. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (Factortame II)* [1991] ECR I-3905

Causa C-224/97, *Ciola c. Land Voralberg* [1999] ECR I-2517

Causa C-226/09, *Commissione c. Irlanda*, [2010] ECR I 11807

Causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contro Comune di Cingia de' Botti* [2005] I 07287,
[2005] I 07287

Causa C-234/03 *Contse* [2005] ECR 9315

Causa C-237/04, *Enirisorse*, [2006] ECR I 02243

Causa C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe* [2010] I-13083

Causa C-241/94, *Francia c. Commissione*, [1996] I 04551

Causa C-242/95 *GT-Link A/S* [1997] ECR I-4449

Causa C-243/01, *Piergiorgio Gambelli* [2003] ECR I-13031

Causa C-243/89, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, [1993] ECR I 03353,

Causa C-255/04 *Commissione c. Francia* [2006] ECR I-5251.

Causa C-255/97, *Pfeiffer Grosshandel GmbH c Lowa Warenhandel GmbH* [1999] ECR I-2835

Causa C-260/04, *Commissione c. Italia* [2007] ECR 7083

Causa C-260/89, *ERT* [1991] ECR I-2925

Causa C-264/03, *Commissione c. Francia* [2005] 8831

Causa C-266/96, *Corsica Ferries France SA* [1998] ECR I-3949

Causa C-268/69, *Jany* [2001] ECR 8615.

Causa C-271/08, *Commissione c Germania* [2010] 7091

Causa C-272/94, *Guiot* [1996] ECR I 1905

Causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* [2011] I 01335

Causa C-275/92, *Schindler* [1994] ECR 1039

Causa C-280/00 *Altmark*, [2003] I 07747

Causa C-281/06, *Jundt c Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231

Causa C-281/98, *Angonese* [2000] 4139

Causa C-288/02, *Commissione c Grecia* [2004] ECR I 10071

Causa C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I- 4007

Causa C-290/07 P, *Commissione c Scott* [2010] I-07763

Causa C-290/83, *Commissione c. Francia* [1985] ECR 445;

Causa C-30/59, *Steenkolenmijnen c HA* [1961] ECR 19

Causa C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg* [2009] I 04779

Causa C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, [1999] ECR I-06161

Causa C-309/99 *JCJ wouters, JW Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577

Causa C-314/89, *Rath* [1991] ECR I-1647

Causa C-323/82, *Intermils c Commissione* [1984] ECR 3809.

Causa C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle e Région de Bruxelles Capitale*, [2008] ECR 8457

Causa C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contro Telekom Austria AG, interveniente: Herold Business Data AG*, [2000] I 10745;

Causa C-330/91 *Ex p. Commerzbank AG* [1993] ECR I-4017

Causa C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl e Viaggi di Maio Snc contro ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia*[2005] 10109

Causa C-338/09, *Yellow Cab* [2010] ECR I13927

Causa C-347/06, *ASM Brescia Spa c Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-5641

Causa C-348/10, *Norma-A SIA and Dekom SIA v Latgales plānošanas regions* [2011] 10983

Causa C-359/10, *Duomo Gpa*

Causa C-359/93 *Commissione c. Olanda* ECR [1995] I 00157

Causa C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungverlags und Vertreibs GmbH c Bauer Verlag* [1997]
ECR I 3689

Causa C-382/05 *Commissione c. Italia* [2007] ECR I-6657

Causa C-384/93, *Alpine Investments* [1995] ECR I 1141

Causa C-388/12, *Comune di Ancona c. Regione Marche*

Causa C-389/05, *Commissione c. Francia* [2008] ECR I-5337

Causa C-39/94, *SFEI c. La Poste*, [1996] I 03547

Causa C-390/08, *Commissione c. Lussemburgo*, [2009] I 00082

Causa C-405/98, *Gourmet International Products* [2001] ECR I-1795

Causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) contro Comune di Bari e AMTAB ServizioSpA*, [2006] I 03303

Causa C-410/96, *Criminal Proceedings against André Ambry* [1988] ECR I 7875

Causa C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association e altri c. Bosman* [1995] ECR I-4921

Causa C-416/07, *Commissione c. Grecia*, [2009] ECR I 07883

Causa C-423/07, *Commissione c. Spagna*, [2010] ECR I-03429

Causa C-424/97 *Haim c. Kassenzahnartzliche Vereinigung Nordrhein (HaimII)* [2000] ECR I-5123

Causa C-43/93, *Vander Elst* [1994] ECR I-3803

Causa C-431/07, *Bouygues Télécom SA*, [2009] ECR I 02665

Causa C-438/99, *Maria Luisa Jiménez Melgar c Ayuntamiento de Los Barrios*, [2001] ECR I-06915;

Causa C-439/99 *Commissione c. Italia* [2002] ECR I-305

Causa C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels v. Schmidt*, 2006 ECR. I-2093

Causa C-442/02 *CaixaBank* [2004] ECR 8961

Causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c Giuseppe Calafiori*, ECR 2006 I-02941

Causa C-451/99, *Cura Anlagen GmbH c auto Service Leasing GmbH ASL* [2002] ECR I 3193,

Causa C-452/04 *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* [2006] ECR I-9521

Causa C-454/06 *Pressetext*[2008] ECR 4401

Causa C-456/02 *Trojani c CPAS* [2004] ECR 7573

Causa C-462/99 *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c Telekom-Control-Kommission, e Mobilkom Austria AG* [2003] ECR I-05197

Causa C-464/05, *Geurts c Administratie van de BTW* [2007] ECR I-9325

Causa C-470/99 *Universale Bau* [2002] ECR 11617

Causa C-496/01, *Commissione c Francia* [2004] ECR I 2351

Causa C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio* [2002] ECR 16677

Causa C-514/03, *Commissione c. Spagna*, ECR 2006 I-00963

Causa C-518/06 *Commissione c. Italia* [2009] ECR 3491

Causa C-53/95, *Inasti c Kemmler* [1996] ECR I-703

Causa C-532/06 *Lianakis* [2008] ECR 251

Causa C-55/94, *Gebhard*[1995] 4165

Causa C-565/08, *Commissione c. Italia*, [2011] ECR I-2101

Causa C-573/07, *Sea srl c. Comune di Ponte Nossa*[2009] ECR 8127

Causa C-576/10, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*

Causa C-58/99, *Commissione c. Italia*, ECR 2000 I-03811

Causa C-59/00 *Bent Moustén Verstergaard* [2001] ECR I 9505

Causa C-602/10 *SC Volksbank Romania c CJPC*

Causa C-62/96, *Commissione c. Belgio*, ECR 1999 I-03999

Causa C-63/89, *Assurances du Credit c Consiglio e Commissione* [1991] ECR I-1799

Causa C-63/93, *Duff c Minister for agriculture and Food* [1996] ECR 569

Causa C-63/99, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk e Elzbieta Gloszczuk*, [2001] ECR I-06369

Causa C-64/08, *Procedimento penale a carico di Ernst Engelmann*[2010] ECR 8219

Causa C-65/05 *Commissione c. Grecia* [2006] ECR I-10341

Causa C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*, ECR 1997 I-03395

Causa C-71/02, *Herbert Kärner Industrie-Auktionen GmbH c Troostwijk GmbH*[2004] ECR 3025

Causa C-73/03, *Spagna c Commissione*

Causa C-730/79, *Philip Morris*, [1980] ECR I 02671

Causa C-76/13 *Commissione c. Portogallo*

Causa C-76/81, *SA Transporoute et travaux c. Ministero dei lavori pubblici*, [1982] ECR 00417

Causa C-76/90, *Sager*[1991] ECR 4221

Causa C-84/82, *Germania c. Commissione*, [1984] ECR I-01451

Causa C-87/94, *Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio* [1996] ECR I 02043

Causa C-89/09, *Commissione c. Francia* [2010] ECR 12941.

Causa C-91/08 *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*[2010] ECR I 02815

Causa *Canal Satellite Digital SL c. Administraciòn general del estado, e Distribuidora de Televisiòn Digital SA (DTS)* [2002] ECR I-00607

Causa T-14/96, *BAI c Commissione* [1999] ECR II-139;

Causa T-233/04, *Paesi Bassi c Commissione*, [2008] I 00591

Causa T-244/08, *Konsum Nord Ekonomisk Fiorening c Commissione* [2011] ECR II-00444

Causa T-258/06, *Germania c. Commissione*, [2010] II 02027

Causa T-49/93, *SIDE c Commissione*, [1995] II-02501

Cause 31/87 *Beentjies* [1988] ECR 4635

Cause C-164/98, *DIR InternationalFilm SRL e altri c. Commissione*, [2000] ECR I-00447

Cause Riunite 110 e 111/78, *Ministère public e Chambre syndicale des agents artistiques et impresario de Belgique ASBL c Willy van Wesemael* [1979] ECR 35

Cause riunite 117/76 e 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG c Hauptzollamt Itzehoe* [1977] ECR 1753

Cause Riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone c Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.

Cause riunite 67, 68 70/85 *Vander Kooy*, [1988] I 00219

Cause riunite C 358/93, C 416/93, *Criminal Proceedings Against Aldo Bordessa e Vincente Mari mellado e Conception barbero Maestre*, ECR 1995 I-00361

Cause riunite C-145/08- C-149/08 *Club Hotel Loutraki e altri*, [2010] I 04165

Cause Riunite C-151/04 e C-152/04 *Nadin* [2005] ECR 11203

Cause Riunite C-171/07 e C-172/07 *apothekerkammer des Sarlandes v Saarland* [2009] ECR I-4171

Cause Riunite C-372/09 e C-73/09, *Penarroja Fa* [2011] ECR I-1785.

Cause Riunite C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur c Germania e la Corona c Secretary of State for Transport, ex p factortame* [1996] ECR 1029

Cause Riunite C-92 e C-326/92, *Phil Collins* [1993] ECR I 5145

Cause Riunite C-94/04, C-202/04, *Federico Cipolla c Rosaria Fazari, née Portolese e Stefano Macrino e Claudia Capoparte c Roberto Meloni*, ECR 2006 I-11421

Cause riunite T-116/01 e T-118/01 *European Ferries*, [2003] II 02957

Cause Riunite, C-184/02 e C-223/02, *Spagna e Finlandia c. Parlamento e Consiglio*[2004] ECR 7789

Cause riunite, C-201/85 e C-202/85 *Marthe Klensch e altri contro Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, [1986] 03477

Giurisprudenza Costituzionale italiana

Sentenza Corte Cost. 213/11.

Sentenza Corte Cost. 233/10

Sentenza Corte Cost. 180/10

Sentenza Corte Cost. 232/08

Sentenza Corte Cost. 370/08

Sentenza Corte Cost. 235/11

Sentenza Corte Cost. 340/10

Sentenza Corte Cost. 1/2008

Sentenza Corte Cost. 367/07

Sentenza Corte Cost. 182/06

Giurisprudenza Amministrativa

Sentenza Cons. Stato , n. 901/2008

Sentenza Cons. Stato, n. 6682/12

Sentenza Cons. Stato, n. 1369/2007

Sentenza Cons. Stato, n. 1856/2008

Sentenza Cons. Stato, n. 2151/2013

Sentenza Cons. Stato, n. 3145/09

Sentenza Cons. Stato, n. 4381/06

Sentenza Cons. Stato, n. 5217/2007

Sentenza Cons. Stato, n. 5943/2008

Sentenza. Cons Stato, n.525/13

Sentenza TAR Liguria, Sez. I, n. 1024/07

Sentenza TAR Campania, Salerno, Sez. I, 1586/2011

Sentenza TAR Campania, Salerno, Sez I, 84/2012

Sentenza TAR Puglia, Sez. distaccata Lecce n. 679/11

Altra Giurisprudenza

Lettings v London Borough of Newman [2008] EWHC 1583 (QB)

Bundesverfassungsgericht BVerfG-Federal Constitutional Court, Causa No. 2 BvR 197/83, Ottobre 22,
1986, 73 BVERFGE 339 (Solange II)

Clinton c. department for Employment and Learning [2012] NIQB 2

Francia:

CE 1996, Préfet des Bouches du-Rhone, CE p. 137

CE 1999, *Synd.mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais*, AJDA 1999, p 714

Cons. Const. 2 febbraio 1995, déc n. 95-361 DC; RJC 1995, p. 633; LPA 20 ottobre 1995, 126, p. 5

CE 2007 *Société sps Tarbes*, JCP A 2007, 2316

CAA Nantes, 27 giugno, *Cne de Contre*: AJDA p. 820, nota di J.D. Dreyfus

CE Synd. Prof. Des exploitants indépendants des reseaux d'eau et d'assainement AJDA 2003, p. 1150

CE 2000 *SARL Plage chez Joseph et Fed. Nationale des plages et restaurants*, n. 212100 e 212101, Lebon 282;

CE 2005 *M Tomarelli, Cne de Ramatuelle*, req. 255987 e 256200, Lebon Y 875

CE 2010, *Ville de Paris c. Société Paris Tennis*

Cons. Const. 20 gennaio 1993, n 92-316 DC

CE 2011 *Commune de Ramatuelle*

Les services offerts sur le domaine public et le droit de l'Union Européenne

Résumé

Tout d'abord, cette thèse vise à vérifier l'impact de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, par rapport aux activités économiques qui sont offerts sur les espaces domaniales. Ensuite, après avoir examiné la jurisprudence de la Cour de justice, nous avons examiné aussi l'impact des principes généraux du droit européen et de l'art. 16 de la Charte des Droits Fondamentaux sur les services en question. Ensuite, nous avons adressé un examen approfondi de la Directive « Services » : après avoir analysé sa genèse, plutôt problématique et difficile, nous en avons décrit les objectifs et le ratio. Le résultat qui est émergé est une fragmentation du marché commun de services, en particulier pour ce qui concerne les services qu'on prend en examen dans cette recherche. Ensuite, on a montré la nécessité d'évaluer l'impact de la directive sur les services offerts sur le domaine public. On a aussi décidé d'examiner le rôle des directives sur les contrats publics. D'un point de vue juridique, les contrats publics et les concessions sont deux choses distinctes, même si la logique sous-jacente à l'article 12 de la Directive « Services » établie que les services concernés doivent être attribués dans le cadre d'une procédure de sélection publique. Il convient de rappeler que, avant la Directive "Concessions", les principes applicables à ces dernières ont été (et sont encore aujourd'hui) empruntés à la discipline des contrats publics. On montre aussi que les directives sur les marchés publics jouent un rôle important dans la régulation des types de concessions examinées dans le présent document. Ensuite, on a décidé d'examiner l'impact potentiel de la Directive « concessions ». Nous avons aussi examiné et comparé les différents systèmes des États membres de l'Union Européenne. En particulier, nous avons vu comment les concessions des plages sont réglementées en Italie, en France, en Croatie, en Portugal, et en Espagne. Finalement, nous avons choisi de parler du risque éventuel de violation des normes en matière d'aides d'État.

Mots-clés: liberté d'établissement, principes généraux, marchés publics, directive "services", domaine public, aides d'Etat.

Résumé en anglais

Firstly, this thesis aims at analysing the impact of the Freedom of Establishment and of the Free Movement of Services on those services offered in areas belonging to the public domain. Thus, after examining the relevant case-law of the ECJ, what has been analysed is the impact of the general principles and of Art. 16 of the Charter on the services at issue. Moreover, a deep analysis of the Services Directive has been conducted: after addressing its genesis, its objectives and its rationale have been analysed. What has emerged is a fragmentation of the internal market of services, especially with regard to the activities that are examined in this research. One of the most problematic issues related to that Directive is its implementation. Again, what has emerged is a fragmentation of the market of services. Thus, what has been addressed is the impact of the Directive on the services provided in areas belonging to the public domain. Furthermore, the impact of the Public Contracts Directives has been examined. Legally speaking, public procurement contracts and concessions are different, even if the rationale beyond Art. 12 of the Services Directive requires the services at issue to be awarded through a selection procedure. Indeed, even before the adoption of what is now the Concessions Directive, the principles applicable to concessions have always been the same as those applicable to public procurement contracts. What emerges is that the public procurement contracts and concessions are strongly interconnected. The potential impact of the Concessions Directive has been addressed as well. Moreover, a comparison between the Italian status quo with regard to those services provided in areas belonging to the public domain and the situation in Portugal, Croatia, France and Spain has been drawn. In the end all the implications regarding potential violations of the State Aid rules have been addressed.

Key-words: Freedom of Establishment, General Principles, Public Procurement, Services Directive, Public domain, State Aid.