

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

Roma, 31 ottobre 2025

Spett.le
COMUNE DI PALAU
Piazza Popoli d'Europa n.1
07020 – PALAU (SS)

protocollo@pec.palau.it

C.A. Responsabile del settore finanziario dott. Roberto Oggiano

finanziario@palau.it

e.p.c.

Egr. sig.

Sindaco Comune di Palau

Fott. Francesco Giuseppe Manna

sindaco@palau.it

Egr.

Segretario Generale Comune di Palau

dott. Maurizio Guadagno

segretariogenerale@palau.it

**Oggetto: parere legale in svolgimento dell'incarico professionale Identificativo Numerico
Gara MEPA: 5723303**

Il presente parere legale avrà ad oggetto la revisione del documento *“Istruttoria e parere motivato sull'affidamento alle due nuove società in house Palau Porto S.r.l. Palau Servizi Turismo S.r.l.”* con riferimento ai profili giuridici e normativi in ordine alla applicabilità della Direttiva Servizi 126/2003 c.d. Bolkenstein alle strutture dedicate alla nautica da diporto, in base alla normativa nazionale e regionale.

00192 – ROMA, Via degli Scipioni, 110
Tel +39 (06) 36002721 - +39 (06) 3612411 – Fax +39 (06) 36002719
e-mail: avv.marcomachetta@libero.it – pec: marcomachetta@ordineavvocatiroma.org

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

Il presente parere legale ha ad oggetto unicamente l'individuazione dei principi di diritto applicabili alla fattispecie in esame, alla luce delle informazioni e documentazione ricevute, non implicando una disamina e valutazione degli elementi fattuali; tale parere ha natura strettamente consultiva, non potendo in alcun modo vincolare le scelte discrezionali dell'Ente, restando di esclusiva competenza e responsabilità degli organi amministrativi e politici del Comune la valutazione complessiva dell'operazione, la ponderazione di tutti gli interessi pubblici coinvolti, inclusi quelli di natura economico-finanziaria e l'assunzione della decisione finale.

. * * * * *

Prima di procedere ad affrontare la suddetta tematica, appare opportuno ricostruire il contesto di fatto in base al quale viene posta la questione oggetto del presente parere, come desumibile dal documento inviato dal Comune.

1. Affidamento In House della Gestione del Porto Turistico

Il Comune di Palau ha deliberato la costituzione e l'affidamento della gestione del porto turistico alla società **Palau Porto S.r.l.**, una società interamente partecipata dal Comune stesso, qualificandola come gestore *in house providing*.

Tale scelta viene fondata sul principio di **auto-organizzazione amministrativa** sancito dal nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) e sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (D.lgs. 201/2022).

In particolare, il **nuovo Codice dei contratti pubblici** (Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36) definisce l'**affidamento in house providing** come una forma di **autoproduzione** o **autofornitura** di servizi, lavori o forniture da parte di un ente aggiudicatore, che, in quanto tale, viene **esclusa** dal campo di applicazione delle ordinarie procedure di gara. Con tale tipo di affidamento, l'ente affidatario è considerato una mera **articolazione operativa** dell'amministrazione che lo controlla, e non un soggetto terzo rispetto al quale applicare i principi di concorrenza.

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

Sulla base della normativa sui servizi pubblici locali (attualmente il D.lgs. 201/2022, che rinvia ai principi del T.U.E.L.), L'Amministrazione ha identificato il complesso delle attività di gestione del porto (accoglienza, servizi di ormeggio, sicurezza, servizi ai diportisti) come un Servizio Pubblico Locale, in quanto riveste una **funzione essenziale di interesse pubblico** che va oltre la mera attività economica privata.

Con riferimento ai Servizi Pubblici Locali, la normativa prevede che l'ente locale possa scegliere la **modalità di gestione** più appropriata. Le opzioni principali sono:

1. **Ricorso al mercato** (gara d'appalto o concessione).
2. **Affidamento *in house*** (auto-organizzazione).

Il **D.lgs. 201/2022** (così come i precedenti riferimenti normativi citati nell'istruttoria) stabilisce che l'affidamento diretto *in house* è consentito solo in presenza di una **rigorosa motivazione** che dimostri la **sussistenza di vantaggi per la collettività** (in termini di qualità, costi o efficienza) che non potrebbero essere conseguiti ricorrendo al mercato.

Sulla base dei suesposti principi, il Comune ha motivato che la gestione *in house* tramite **Palau Porto S.r.l.** sarebbe la soluzione più idonea per la **flessibilità gestionale**, la **specializzazione tecnica** necessaria per la stagionalità e il **pieno controllo pubblico**, rispetto alle rigidità della gestione diretta o alle incertezze/tempistiche di una gara pubblica.

2. Parere Negativo della Corte dei Conti

Nel documento trasmesso, viene dato atto che la **Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per la Sardegna** ha espresso **parere negativo**, per quanto di rilievo nel presente **parere**, sulle delibere del Comune relative alla costituzione delle due società *in house* (Palau Porto S.r.l. e Palau Servizi Turismo S.r.l.).

La contestazione della Corte dei Conti si basa sul principio della **prevalenza del Diritto Comunitario** in materia di concorrenza sull'autonomia organizzativa dell'ente locale e, in particolare, della presunta illegittimità dell'affidamento ad una società *in house* per violazione del diritto UE (cd.

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

direttiva Bolkestein).

Per quanto attiene alle ragioni giuridiche, oggetto del presente parere, la Corte dei Conti ritiene che l'affidamento alla "Porto Palau S.r.l." non riguardi unicamente l'erogazione di un servizio pubblico locale (SPL), ma sarebbe indissolubilmente legata alla **concessione di un bene demaniale marittimo, che rientra tra le risorse naturali ritenute scarse** dalla giurisprudenza europea, per cui occorrerebbe procedere obbligatoriamente con una **procedura di selezione aperta e imparziale** (gara pubblica). Sotto tale aspetto, l'utilizzo dell'affidamento *in house* verrebbe considerato come un **aggiramento della normativa UE e dei principi fondamentali di concorrenza**.

Inoltre, la Corte dei Conti motiva il proprio parere su altre ragioni, che – esulando dal campo prettamente giuridico - non saranno oggetto di analisi specifica nel presente parere, che riguardano, ad esempio, l'asserita insufficiente prova analitica della Convenienza Economica e del "Valore Sociale Aggiunto", con riferimento all'onere incombente sull'Ente l'onere di dimostrare in modo rigoroso e analitico che la scelta *in house* sia **più vantaggiosa per la collettività** rispetto al ricorso al mercato.

3. Il documento "Istruttoria e parere motivato sull'affidamento alle due nuove società in house Palau Porto S.r.l. Palau Servizi Turismo S.r.l."

Ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del D.lgs. 175/2016 (Testo Unico Società Partecipate) il parere della Corte dei conti non è vincolante, ma è una condizione procedurale necessaria. In particolare, l'Amministrazione può decidere di discostarsi dal parere negativo, ma in tal caso è tenuta a motivare analiticamente le ragioni del discostamento e a darne pubblicità sul proprio sito istituzionale.

Sotto tale aspetto, il documento "Istruttoria e parere motivato sull'affidamento alle due nuove società in house Palau Porto S.r.l. Palau Servizi Turismo S.r.l." è stato predisposto dal Comune per fungere da istruttoria e motivazione per discostarsi dal parere negativo.

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

Il presente parere ha ad oggetto la revisione del suddetto documento, con specifico riferimento ai profili giuridici e normativi in ordine alla applicabilità della Direttiva Servizi 126/2003 c.d. Bolkenstein alle strutture dedicate alla nautica da diporto, in base alla normativa nazionale e regionale.

Sotto il profilo metodologico, si rende opportuno rappresentare preliminarmente che le questioni oggetto del presente parere si inseriscono in un vivace e complesso dibattito giurisprudenziale, che investe l'armonizzazione e l'interpretazione della normativa nazionale, in materia di concessioni demaniali, con i principi e le disposizioni del diritto eurounitario, in particolare rispetto ai principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento. Tale contesto normativo e interpretativo, in continua evoluzione, rende estremamente arduo fornire una risposta univoca e priva di margini di incertezza, non potendosi escludere l'eventualità di pronunce giurisdizionali o interventi di Autorità pubbliche, che possano adottare diverse chiavi di lettura, anche se, a mio avviso, meno aderenti all'attuale quadro normativo.

4. La Direttiva Servizi c.d. "Bolkestein" ed i porti turistici

Con riferimento alle questioni oggetto del presente parere, la questione cruciale concerne la compatibilità dell'affidamento diretto in house con la Direttiva Servizi 2006/123/CE (Bolkestein) e la normativa nazionale e comunitaria in materia di concessioni demaniali marittime.

Sotto tali aspetti, il documento amministrativo afferma che l'affidamento in house non pone un problema di violazione del principio di concorrenza, in primo luogo, sul presupposto che i servizi portuali (compresa la portualità turistica) sono esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva Bolkestein.

Come noto, la direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, conosciuta come Direttiva Bolkestein, è una direttiva dell'Unione Europea relativa ai servizi nel mercato europeo comune, presentata dalla Commissione europea nel febbraio 2004, approvata ed emanata nel 2006.

Vi è stato un intenso dibattito in ordine alla inclusione o meno delle strutture dedicate alla nautica da diporto, nell'ambito di applicazione della Direttiva Servizi n. 126/2003 (c.d. Direttiva Bolkestein).

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

A tale proposito, per quanto il suddetto dibattito sia oggetto di diverse posizioni, dall'analisi della normativa nazionale ed eurounitaria, sulla base delle pronunce intervenute in materia ritengo che vi siano numerosi, elementi normativi e giurisprudenziali, per ritenere che le concessioni portuali e quelle delle altre strutture dedicate alla nautica da diporto ex DPR n. 509/97 non rientri nel campo di applicazione della Direttiva Bolkestein.

A) In primo luogo, la direttiva servizi, all'art. 2 comma 2 lettera d), esclude dal campo di applicazione "i servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali, che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V del trattato CE".

B) lo stesso capo 23 delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 19.11.2021 (che, peraltro, avevano per oggetto concessioni balneari), menziona i settori esclusi dalla direttiva 123/2006 e, segnatamente, i "servizi portuali", specificando, sul punto, la "necessità, in sede di applicazione pratica della norma, di enucleare specificatamente la nozione di servizi portuali, anche con riferimento al (diverso) concetto di porto (turistico) e all'oggetto della concessione demaniale";

C) La sentenza cd. Promoimpresa della Corte Europea di Giustizia del 14.7.2016, specifica al riguardo come il settore dei porti rimanga escluso dall'applicazione della Direttiva servizi; in particolare, facendo riferimento al punto 15 della Direttiva 2014/23 (sull'aggiudicazione dei contratti in concessione), la Corte di Giustizia, specifica come tale articolo "precisa infatti che 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, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva" (essendo più assimilabili a contratti di locazione).

D) La sentenza 28.10.2022, n. 9328 del Consiglio di Stato ha chiarito che ai servizi portuali non si applica la Direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva Bolkestein); anche se il diritto dell'Unione Europea, ed in particolare la Direttiva 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali) osta alla proroga automatica delle concessioni dei servizi portuali. Analogo principio, con specifico riferimento alla gestione di un porto turistico affidata ad un Comune, era stato espresso, ad esempio, dal T.A.R. Liguria, con sentenza del 9.11.2021 n. 946.

L'attività da diporto esercitata dal concessionario rientra, infatti, nella nozione di servizi portuali, esclusa dall'ambito di applicazione della Bolkestein.

Infine, la sentenza n. 229 del 13 gennaio 2022 del Consiglio di Stato, ha sancito, inoltre, l'inapplicabilità della Direttiva Bolkestein a tutti i rapporti concessori sorti in data anteriore al termine di trasposizione della stessa (D.Lgs. n. 56 del 15.3.2010).

E) Tale inapplicabilità è stata, peraltro, ulteriormente confermata pur con riferimento alle strutture rientranti nell'ambito di applicazione della Legge n. 84/94, dal Decreto n. 202 del 28 dicembre 2022 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, contenente il Regolamento per il rilascio di concessioni di aree demaniali e banchine comprese nell'ambito portuale e dal Decreto n. 419 sempre del 28 dicembre 2022 relativo alle concessioni portuali.

Difatti, non vi è alcun riferimento alla Direttiva Bolkestein, sia nelle premesse di entrambi i decreti, sia nell'art. 1 dei medesimi regolamenti rubricato "Ambito di applicazione e definizioni"; né tale Direttiva è in alcun modo menzionata nel relativo parere del Consiglio di Stato espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi, così come nelle "Linee guida sulle modalità di applicazione del Regolamento n. 202/2022".

F) L'esclusione delle concessioni portuali dall'ambito di applicazione della Direttiva Bolkestein è stata, inoltre, confermata da quanto riportato nel Piano del mare approvato con Delibera n. 36 del CDM del 31.7.2023 previsto dal Decreto-legge n. 198 del 29.12.2022, documento di indirizzo elaborato dall'organo interministeriale CIPOM, nel quale è stato espressamente specificato che alle strutture portuali turistiche non si applica la predetta Direttiva, recependo integralmente le proposte Assonat; le stesse, pertanto, continuano ad essere regolamentate dal DPR. 509/1997 ed, in generale, sono sottratte alla disciplina in materia di proroga e durata delle concessioni, nonché di procedure di gara, prevista per

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

le concessioni con finalità turistico-ricreative, oggi regolamentate dalla legge appena approvata.

G) Infine, nel parere motivato della Commissione Europea del 16.11.2023, inoltrato alla Repubblica Italiana, nell'ambito della procedura di infrazione avviata con lettera di messa in mora della Commissione del 3.12.2020, non vi è alcun cenno alle strutture dedicate alla nautica da diporto, come confermato dal fatto che i termini "porto" e "portuale", non sono mai stati menzionati in oltre 30 pagine di parere che fa esclusivo riferimento alle concessioni "balneari" con riferimento all'ambito di applicazione della Direttiva Servizi c.d. Bolkestein.

Nel suddetto contesto, è intervenuto sul piano normativo il **Decreto-legge n. 131/2024 in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive, che ha confermato l'estraneità delle strutture dedicate alla nautica da diporto dal suo ambito di applicazione.**

In particolare, la precedente formulazione della Legge n. 118/2022, faceva viceversa riferimento, al suo art. 3), anche a "quelle (concessioni) per la realizzazione e concessione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti di ormeggio"; mentre, il nuovo testo del D.L. non contiene tale riferimento.

La Legge di conversione del D.L. e la stessa nota di presentazione del Disegno di Legge, specifica chiaramente (pag. 4) che *"al punto 1.2), si prevede la sostituzione della lettera a) del comma 1 del predetto art. 3, espungendo dall'ambito di applicazione della disciplina ivi contenuta, le concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti di ormeggio"*.

Il Decreto, tra le altre misure, ha quindi modificato il c.d. Dl "Concorrenza" (Legge, 5 agosto 2022, n. 118) varato dal Governo Draghi, che aveva accomunato le concessioni marittime portuali alle c.d. "concessioni balneari".

Il "Decreto Infrazioni" ha statuito che alle concessioni marittime portuali non debba applicarsi la Direttiva Bolkestein e conseguentemente neppure la successiva Direttiva UE n. 23 del 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in quanto dette concessioni (marittime portuali): "non

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

dovrebbero configurarsi come concessioni di servizi” (in conformità al *decisum* della Sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio 2016). Secondo quanto oggi previsto all’art. 3 della Legge n. 118/2022, come modificata dal “Decreto Infrazioni”, le concessioni “per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d’ormeggio”, non rientrando (più) nella fattispecie delle concessioni di servizi, non sono soggette a gara pubblica obbligatoria al termine di ciascun periodo concessorio, come invece richiesto dalla Direttiva Bolkestein per le concessioni per finalità turistico-ricreative.

Con il D.L. n. 131/2024, il Legislatore ha modificato l’art. 3 della L. n. 118/2022, estendendo ulteriormente, sino al 30.9.2027 la sola durata delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico di cui all’art. 01, comma 01, del D.L. n. 400/1993. Secondo l’interpretazione prevalente e rigorosa del testo, **tale estensione della durata non opera nei confronti delle concessioni demaniali marittime rilasciare per la gestione di strutture destinate alla nautica da diporto**, stante la nuova formulazione normativa che, contrariamente al testo previgente, non ricomprende la relativa tipologia di beni demaniali tra i destinatari della stessa, così come pure comunicato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con nota prot. n. 160344 del 21.11.2024, avente ad oggetto “*Conversione in legge, con modificazioni del D.L. 26 Settembre 2024 n. 131, recante disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi derivanti da atti dell’Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano*”.

In considerazione di quanto sopra, **si ritiene sostenibile l’orientamento secondo cui i porti (attività portuali) siano esclusi dall’applicazione diretta della Bolkestein**, pur mantenendo l’obbligo di procedure selettive trasparenti e concorrenziali in base ai principi generali del diritto UE e del Codice della Navigazione.

5. La gestione diretta da parte della P.A.

Sebbene la questione oggetto del presente parere sia limitata ai profili giuridici e normativi in ordine alla applicabilità della Direttiva Servizi 126/2003 alle strutture dedicate alla nautica da diporto, si ritiene opportuno formulare alcune considerazioni generali sulla possibilità di gestione diretta del bene da parte della P.A., ad ulteriore supporto della tesi sull’inapplicabilità della stessa Direttiva.



Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

In particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 6488 del 18 dicembre 2012, considerata il **leading case** in materia, ha sancito tale principio, evidenziando l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione e gestione di tali infrastrutture per lo sviluppo turistico ed economico del territorio, pur a fronte della soddisfazione di interessi privati.

In particolare, la sentenza contiene una diffusa disamina della questione, a partire dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, costituito, in primo luogo, da:

- la legge 28/1/1994, n. 84, laddove all'art. 4 prevede la tipologia di porti aventi "finalità turistica e da diporto";
- il regolamento di cui al d.p.r. 2/12/1997, n. 509 che disciplina il procedimento di concessione dei beni del demanio per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto.

Da tali norme si evince, secondo il Consiglio di Stato, che *"nonostante la finalità turistico-ricreativa dei porti turistici, che soddisfa interessi privati, vi è un interesse pubblico alla loro realizzazione e gestione, sotto i seguenti profili:*

- *si tratta comunque di uno strumento di accesso alla via di comunicazione marina, e dunque di vere e proprie infrastrutture (non a caso si parla di infrastrutture per la nautica da diporto);*
- *detti porti sono suscettibili di usi pubblici di interesse generale (fruizione da parte dell'intera collettività ...);*
- *sussiste, in ogni caso, un rilevante interesse pubblico allo sviluppo e alla valorizzazione turistica ed economica del territorio, indubbiamente agevolata dalla realizzazione e gestione dei porti turistici".*

I principi sopra delineati possono essere considerati applicabili per tutte le strutture dedicate alla nautica da diporto e, quindi, anche ai punti di ormeggio, anche nella loro (eventualmente, precipua) funzione di opera a difesa, inserite nel contesto di una struttura dedicata alla nautica da diporto.

Tanto ciò è vero che il legislatore non solo disciplina le procedure di evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali, ma regola in chiave pubblicistica anche il profilo della realizzazione e gestione delle strutture dedicate alla nautica da diporto.

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

Infatti, a partire dal d.p.r. 15/1/1972, n. 8, il legislatore ha mostrato di ritenere incluse tra le opere pubbliche i porti turistici (e, in generale, tutte le strutture dedicate alla nautica da diporto) inserendo, all'art. 2, comma 2, lett. g., *“le opere concernenti i porti di seconda categoria”*, tra i lavori pubblici di interesse regionale.

Lo stesso D.P.R. 509/1997 dispone l'applicabilità alla progettazione definitiva della disciplina della legge 109/1994, ossia delle opere pubbliche e prevede, altresì, la vigilanza e il collaudo pubblici sull'esecuzione del porto turistico, nonché l'art. 153 del D. Lgs 163/2006 (codice appalti) laddove include le strutture dedicate alla nautica da diporto tra le opere realizzabili mediante project financing (vale a dire opere pubbliche o di pubblica utilità), prevedendo addirittura un'accentuazione della connotazione pubblicistica della procedura qualora si tratti di porti turistici.

In particolare, il riferimento a una valutazione di “fattibilità” autorizza le amministrazioni, a sollecitare le proposte progettuali degli operatori privati interessati ad assumere il ruolo di promotore in una procedura di project financing riservandosi una valutazione anche sulle caratteristiche tecniche delle proposte pervenute, oltre che sulla loro convenienza economica.

E tale pratica è destinata a diventare ancora più frequente dopo che, con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il comma 15 dell'articolo 183 è stato modificato in modo da consentire la presentazione “spontanea” di proposte di project financing anche per gli interventi già compresi nel programma delle opere pubbliche, oltre che per quelli che non vi sono compresi, come avveniva nella formulazione originaria della norma (la modifica è stata confermata anche nell'attuale articolo 193, comma 11, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) (Consiglio di Stato 24.4.2024 n. 3747).

Per quanto riguarda la gestione, le opere portuali possono essere gestite da privati, mediante la concessione demaniale marittima, o possono essere gestite direttamente dall'ente pubblico, secondo i modi e le forme previsti per l'erogazione di un servizio pubblico di rilevanza economica.

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

Sul punto, la sentenza citata tratteggia chiaramente la distinzione delle due forme di gestione (“privata” e “pubblica”) illustrando come, per la prima, occorra un titolo concessorio che, secondo il diritto comunitario, deve essere rilasciato mediante procedure comparative e deve essere a tempo determinato, e come, invece, per la seconda, pur nella difficoltà di rinvenire una disciplina organica di riferimento per i servizi pubblici, debba ritenersi applicabile il D.M. 31 dicembre 1983 contenente la *“individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale”*.

Attraverso tale Decreto, che secondo i Giudici non determina l'identificazione tra *“servizio pubblico locale a domanda individuale”* e *“servizio pubblico di rilevanza economica”*, ma, più semplicemente, è di ausilio per capire per quali servizi l'ente locale deve imporre il pagamento di una tariffa, è possibile discernere il servizio pubblico locale, sia esso di rilevanza economica o meno.

Al n. 14 dell'articolo unico del Decreto sono, infatti, previsti i *“servizi turistici diversi: stabilimenti balneari, approdi turistici e simili”* e, dunque, la gestione del porto turistico può considerarsi un servizio pubblico locale.

È comunque ribadita dal Collegio la necessità di verificare sempre, caso per caso, l'effettiva contendibilità del servizio sul mercato, con riguardo alla specifica realtà locale, al fine di stabilirne la rilevanza economica.

Poste, quindi, tali premesse, **la pronuncia rimarca la possibilità di includere le strutture dedicate alla portualità turistica nell'alveo dei servizi pubblici di rilevanza economica, con conseguente applicazione della normativa di riferimento.**

Per quanto attiene alla natura delle strutture portuali e i diritti che su di esse possono essere vantati, l'art. 822 del codice civile individua tra i beni demaniali anche i porti. Ne deriva che le opere sul demanio pubblico sono esse stesse demaniali, e la demanialità permane anche nel caso di uso da parte di privati tramite la concessione demaniale.

L'art. 60, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 dispone: *“Attribuzioni ai comuni. Sono attribuite ai comuni, ai sensi dell'art. 118, primo comma, della Costituzione, le funzioni amministrative in materia di: a) promozione di attività*

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

ricreative e sportive; b) gestione di impianti e servizi complementari alle attività turistiche; c) rifugi alpini, campeggi e altri esercizi ricettivi extra-alberghieri”.

La giurisprudenza ha osservato che il citato art. 60, nell'attribuire ai Comuni le funzioni amministrative in materia di promozione di attività ricreative e sportive, espressamente estese anche alla «gestione di impianti e servizi complementari alle attività turistiche», consente a tali enti anche di espletare il servizio di realizzazione e gestione dei porti turistici, eventualmente anche in forma diretta [Tar Lombardia - Brescia, 8 marzo 1990, n. 285], ovviamente nei limiti in cui l'evoluzione normativa consente la gestione diretta.

Infine, a riprova dell'interesse pubblico che caratterizza la portualità turistica, va osservato che l'autorità pubblica esercita sui porti marittimi le funzioni inerenti alla sicurezza marittima e la polizia marittima (v. circolare MIT 23 settembre 2009 class. A.2.50, “Infrastrutture al servizio della nautica da diporto e disposizioni per l'ormeggio delle unità in transito”).

La giurisprudenza si è più volte occupata di opere portuali alla stregua di opere pubbliche, o oggetto di assunzione diretta da parte di enti pubblici [Cons. Giust. Sic., 19 dicembre 2008, n. 1147; Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 126; Id., sez. VI, 18 giugno 2004, n. 4163; Id., sez. II, 15 maggio 2002, n. 767; Id., sez. VI, 28 settembre 2001, n. 5169; Id., sez. II, 2 febbraio 1994, n. 260/93].

Pertanto, **in virtù del principio di autoorganizzazione ed in base al diritto unionale, si può sostenere che l'Amministrazione comunale possa esercitare anche i servizi pubblici di interesse economico (oltre a quelli privi di tale rilievo) nelle forme dell'amministrazione diretta, ossia internalizzandoli e gestendoli con la propria organizzazione.** In particolare, per quanto concerne il quadro normativo nazionale (artt. 112 e 113 del d.lgs. n. 267/2000), secondo la giurisprudenza (ad esempio il TAR Liguria, sent. n° 59/2021), è pacifico che attualmente non sussiste alcun obbligo degli enti locali di affidare a terzi sul mercato i servizi pubblici di rilevanza economica, potendo senz'altro optare per la gestione in via diretta. L'estrema complessità e peculiarità della procedura di affidamento della gestione portuale, nella quale profili ricadenti nell'ambito della concessione di beni pubblici

Avv. Marco Machetta
 Avv. Paolo Machetta
 Avv. Nicola D'Ippolito
 Avv. Giulio Grottoli
 Avv. Anna Gabriele
 Avv. Salvatore Cordua
 Avv. Davide Machetta
 Dott.ssa Valentina Machetta

coesistono con aspetti attinenti all'affidamento di servizi pubblici, richiede, naturalmente, approfondite valutazioni multidisciplinari da effettuare, dovendosi contemperare la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e degli appalti pubblici unitamente alla normativa in materia di demanio marittimo, nonché alle regole concernenti l'autorizzazione delle attività economiche.

Tale assunto è generalmente condiviso, essendo venuta meno l'originaria previsione che consentiva l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, unicamente a società miste o ad imprese private selezionate con gara, oppure, in presenza dei relativi presupposti, ad enti in house (sul punto cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2716; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488, cit.; T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 22 marzo 2011, n. 2538). In tale prospettiva, infatti, la direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici precisa, al contrario, che *“nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici”* (quinto considerando), nonché l'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che *“le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione...Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”*.

La giurisprudenza amministrativa, pur evidenziando che, ai sensi dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, per affidare ad una società in house un contratto avente ad oggetto un servizio remunerativo, l'Amministrazione deve dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività, ha ritenuto che siffatto supplementare e rafforzato obbligo di motivazione non è estensibile all'internalizzazione pura e semplice del servizio pubblico, ossia con assunzione della gestione direttamente in capo agli uffici comunali, in quanto non espressamente previsto dalla citata disposizione, né ricavabile dal diritto dell'Unione. La Corte di Giustizia UE, 9 giugno 2009, C-480/06 ha, infatti, sul punto statuito che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza fare ricorso ad entità esterne, non contrastando tale modalità con la

Avv. Marco Machetta
 Avv. Paolo Machetta
 Avv. Nicola D'Ippolito
 Avv. Giulio Grottoli
 Avv. Anna Gabriele
 Avv. Salvatore Cordua
 Avv. Davide Machetta
 Dott.ssa Valentina Machetta

tutela della concorrenza, poiché nessuna impresa privata viene posta in una situazione di privilegio rispetto alle altre. Del resto, come noto, il legislatore nazionale ha approntato una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dalla normativa comunitaria, in quanto non limitata a garantire la concorrenza “nel mercato” attraverso le procedure competitive, ma estesa alla concorrenza “per il mercato” attraverso il predetto onere motivazionale (cfr., tra le altre Corte Cost., 27 maggio 2020, n. 100).

Pertanto, la scelta del modello in house può essere ritenuta astrattamente legittima, a condizione che sia supportata da una rigorosa motivazione che dia conto dei vantaggi per la collettività in termini di economicità, efficienza e qualità del servizio, rispetto al ricorso al mercato come richiesto dall'art. 7 del D.lgs. 36/2023 e dall'art. 5 del D.lgs. 175/2016 (aspetti, questi ultimi, che non sono oggetto di valutazione nel presente parere).

Sotto tale profilo, per quanto non oggetto di analisi in questa sede, si ritiene che la eventuale natura di “*risorsa naturale scarsa*” del bene demaniale marittimo, non sarebbe, in ogni caso, pertinente allorquando l'Amministrazione scelga la via dell'autoproduzione, come avviene con l'affidamento in house. A tale proposito, secondo la giurisprudenza “*un affidamento diretto ad un soggetto che non è sostanzialmente diverso dall'amministrazione affidante non può dare luogo alla lesione dei principi del trattato ed, in particolare, del principio di concorrenza, proprio perché si tratta non di esternalizzazione, ma di autoproduzione della stessa amministrazione*” (Consiglio di Stato, Sez. I, parere n. 2583/2018). In buona sostanza, la scelta di auto-organizzazione è, infatti, un *prius* logico e giuridico rispetto all'apertura al mercato, pienamente riconosciuta dal diritto unionale (cfr. quinto 'considerando' della Direttiva 2014/24/UE). Pertanto, in tale scenario, non si verificherebbe una questione di contendibilità della risorsa, qualora la Pubblica Amministrazione decida legittimamente di mantenere la gestione del bene pubblico nel proprio alveo, onde utilizzarlo per un pubblico servizio.

* * * * *

Per le suddette ragioni si ritiene che le considerazioni svolte nel documento “Istruttoria e parere

Avv. Marco Machetta
Avv. Paolo Machetta
Avv. Nicola D'Ippolito
Avv. Giulio Grottoli
Avv. Anna Gabriele
Avv. Salvatore Cordua
Avv. Davide Machetta
Dott.ssa Valentina Machetta

motivato sull'affidamento alle due nuove società in house Palau Porto S.r.l. Palau Servizi Turismo S.r.l.", con riferimento ai profili giuridici e normativi in ordine alla applicabilità della Direttiva Servizi 126/2003 c.d. Bolkenstein, si basino su una lettura sostenibile della normativa italiana. Per quanto riguarda tali profili, senza entrare nel merito della adeguatezza delle prove fornite e/o degli ulteriori aspetti che non oggetto del presente parere, si ritiene che tali considerazioni – pur in assenza di un quadro normativo unitario tale da assicurare una interpretazione univoca - siano idonee a manifestare le ragioni per le quali il Comune ritenga di discostarsi dal parere negativo della Corte dei Conti e sostenere la propria scelta.

Nel confidare di aver esaurientemente risposto al quesito sottoposto, si resta a disposizione per ogni ulteriore eventuale chiarimento e si porgono cordiali saluti.

Avv. Marco Machetta

