

APPROFONDIMENTI

Finanza di progetto per l'affidamento delle concessioni balneari

Marzo 2025

Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti

Marco Cerritelli, Partner, Chiomenti



Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti

Marco Cerritelli, Partner, Chiomenti

> Filippo Brunetti

Filippo Brunetti è Responsabile del dipartimento Amministrativo, presta assistenza giudiziale e stragiudiziale a clienti italiani e stranieri in questioni afferenti alla contrattualistica pubblica in senso ampio (affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture; project financing).

> Marco Cerritelli

Marco Cerritelli assiste regolarmente clienti italiani e stranieri in relazione allo sviluppo, realizzazione e finanziamento (anche secondo standard LMA e mediante emissione di titoli) di investimenti nel campo delle infrastrutture. Ha maturato una significativa esperienza nei principali settori regolamentati, con particolare focalizzazione nelle aree dei trasporti, della sanità e degli sport related asset. In tale contesto si è occupato di diversi market first e pathfinder.

Studio legale

Chiomenti

CHIOMENTI

Sommario: Premessa. **1.** Disciplina dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive di cui all'art. 4 della l. n. 118/2022. **2.** Cenni sulla disciplina del partenariato pubblico privato di cui al D.Lgs 36/2023. **3.** Ipotezzabilità astratta di una proposta di PPP ad iniziativa privata che abbia ad oggetto la concessione di costruzione e gestione di uno stabilimento balneare e comprenda l'affidamento al concessionario della relativa concessione demaniale. **4.** Valutazione dell'ammissibilità di una proposta di PPP ex d.lgs. n. 36/2023 avente ad oggetto la realizzazione di investimenti di pubblico interesse su beni del demanio marittimo in cambio dell'assegnazione di concessioni demaniali marittime aventi ad oggetto beni demaniali marittimi diversi da quelli su cui si realizzano gli investimenti interessanti per la P.A. concedente. **5.** I recenti orientamenti dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato. **6.** Conclusioni

Premessa

La disciplina delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative è stata oggetto, nel tempo di numerosi interventi normativi ed ha registrato il formarsi di un copioso orientamento giurisprudenziale, sia quanto alla durata delle stesse, sia quanto alle modalità di affidamento¹.

Per il limitato ambito d'indagine del presente scritto (e per ragioni di sinteticità) ci si limita a ricordare che la materia ha trovato una regolamentazione organica con la legge 5 agosto 2022, n. 118, la quale

¹Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) del 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 (c.d. sentenza Promoimpresa), secondo cui la disciplina della direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkenstein) osta ad una norma nazionale che preveda la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di una previa procedura di selezione tra i potenziali candidati. Si vedano anche sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9.11.2021, nn. 17 e 18. In tali sentenze il Consiglio di Stato, oltre a rilevare la necessità di disapplicazione della normativa nazionale in materia di proroga della durata delle concessioni in questione, ha altresì evidenziato che sussiste l'obbligo di aggiudicare le predette concessioni mediante una gara e, per quanto concerne i principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, che l'art. 12 della direttiva 2006/123 già contiene importanti criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo 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".

> vedi l'articolo online

all'art. 4 detta "Disposizioni in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive".

A tali disposizioni di legge statale si affiancano, poi, norme di legge regionale e linee guida regionali.

Con il presente scritto si vuole quindi analizzare se, ad esito dell'entrata in vigore della legge n. 118/2022, sussista o meno, in astratto, la possibilità di assegnare una concessione demaniale marittima per finalità turistiche secondo il diverso modulo procedimentale del partenariato pubblico privato/finanza di progetto disciplinato dal Dlgs 36/2023. Si consideri quanto segue.

1. Disciplina dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive di cui all'art. 4 della l. n. 118/2022.

1.1. Le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative sono tipiche e sono definite nell'ambito della l. n. 118/2022 e s.m.i. che, nel definire una disciplina più ampia relativamente a dette concessioni (ivi compreso il regime dell'efficacia e della durata), all'art. 4 detta disposizioni in materia di affidamento di tale tipologia di concessioni demaniali.

In particolare, a tenore del comma 3 del predetto art. 4, l'ente concedente avvia la procedura di affidamento delle concessioni demaniali marittime almeno sei mesi prima della scadenza del titolo concessorio². Alla scadenza del titolo concessorio, l'ente concedente non dispone la prosecuzione, in qualsiasi forma o modalità comunque denominata, del precedente rapporto concessorio, tranne che nel caso in cui abbia già avviato la procedura di affidamento e solo per il tempo strettamente necessario alla sua conclusione.

Per quanto qui interessa è utile ricordare che l'amministrazione è tenuta a pubblicare un bando di gara che presenti i contenuti "minimi" di cui al comma 4 dell'art. 4 della l. n. 118/2022.

² Sui termini per la messa a gara delle concessioni in scadenza e di quelle scadute si legga Filippo DI MAURO – Guglielmo SAPORITO, "Spiagge a fine concessione: gare a scadenza ravvicinata" in *NT+ Enti Locali & Edilizia* del 26 febbraio 2025, che si soffermano su alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali. In particolare, Tar di Genova, sentenza 183/2025 e Tar Napoli, sentenza 365/2025.

In particolare, detta disposizione di legge prevede che nel bando di gara sono (obbligatoriamente) indicati:

- a) l'oggetto e la finalità della concessione, con specificazione dell'ubicazione, dell'estensione, delle caratteristiche morfologiche e distintive dell'area demaniale e delle opere di difficile rimozione insistenti, compresi eventuali interventi manutentivi o di adeguamento strutturale e impiantistico necessari per il nuovo affidamento;
- b) il valore degli eventuali investimenti non ammortizzati, nonché gli obblighi di cui al comma 9;
- c) la durata della concessione determinata secondo i criteri di cui al comma 5;
- d) la misura del canone;
- e) il valore dell'indennizzo di cui al comma 9, nonché i termini e le modalità di corresponsione dello stesso;
- f) la cauzione da prestarsi all'atto della stipula dell'atto di concessione a garanzia del pagamento del canone e degli altri obblighi gravanti sul concessionario, anche ai fini di quanto previsto dal comma 9, quarto periodo;
- g) i requisiti di partecipazione previsti dagli articoli 94 e 95 del del D.Lgs 36/2023 (il "**Codice dei Contratti Pubblici**");
- h) i requisiti di capacità tecnico-professionale dei partecipanti, adeguati e proporzionati alla concessione oggetto di affidamento e che agevolano la partecipazione delle microimprese, delle piccole imprese e delle imprese giovanili;
- i) le modalità e il termine, non inferiore a trenta giorni, per la presentazione delle domande;
- l) il contenuto della domanda e la relativa documentazione da allegare, ivi compreso il piano economico-finanziario atto a garantire la sostenibilità economica del progetto e che include la quantificazione degli investimenti da realizzare;

- m) le modalità di svolgimento del sopralluogo presso l'area demaniale oggetto di affidamento;
- n) le modalità e i termini di svolgimento della procedura di affidamento;
- o) i criteri di aggiudicazione;
- p) lo schema di disciplinare della concessione, contenente le relative condizioni;
- q) i motivi dell'eventuale mancata suddivisione della concessione in lotti e l'eventuale numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati al medesimo offerente.

La disposizione di legge in esame individua altresì, in modo puntuale, i criteri di aggiudicazione della gara per l'affidamento della singola concessione demaniale turistico-ricreativa.

In dettaglio, il comma 6 dell'art. 4 in discorso prevede che ai fini della valutazione qualitativa delle offerte, l'ente concedente applichi anche i seguenti criteri di aggiudicazione, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di massima partecipazione e di proporzionalità:

- a) l'importo offerto rispetto all'importo minimo di cui al comma 4, lettera e);
- b) la qualità e le condizioni del servizio offerto agli utenti, anche in relazione al programma di interventi indicato dall'offerente, con particolare riferimento a quelli finalizzati a migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale, anche da parte delle persone con disabilità, nonché l'offerta di specifici servizi turistici anche in periodi non di alta stagione;
- c) la qualità degli impianti, dei manufatti e di ogni altro bene da asservire alla concessione, anche sotto il profilo del pregio architettonico e della corrispondenza con le tradizioni locali;
- d) l'offerta di servizi integrati che valorizzino le specificità culturali, folkloristiche ed enogastronomiche del territorio;
- e) l'incremento e la diversificazione dell'offerta turistico-ricreativa, anche con riguardo all'offerta di servizi specifici per l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale da parte degli animali da affezione, all'offerta di servizi specifici dedicati alle famiglie e all'offerta di servizi aggiuntivi volti

a valorizzare l'esperienza turistica delle persone con disabilità;

- f) gli obiettivi di politica sociale, di salute e di sicurezza dei lavoratori, di protezione dell'ambiente e di salvaguardia del patrimonio culturale;
- g) l'impegno ad assumere, preferibilmente in misura prevalente o totalitaria, per le attività oggetto della concessione, personale di età inferiore a trentasei anni;
- h) l'esperienza tecnica e professionale dell'offerente in relazione ad attività turistico-ricreative comparabili, anche svolte in regime di concessione;
- i) se l'offerente, nei cinque anni antecedenti, ha utilizzato una concessione quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare;
- l) al fine di garantire la massima partecipazione, il numero delle concessioni di cui è già titolare, in via diretta o indiretta, ciascun offerente nell'ambito territoriale di riferimento dell'ente concedente;
- m) il numero di lavoratori del concessionario uscente, che ricevono da tale attività la prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare, che ciascun offerente si impegna ad assumere in caso di aggiudicazione della concessione.

Le menzionate disposizioni prevedono altresì che il nuovo titolo concessorio possa avere durata da un minimo di 5 anni ad un massimo di 20 anni e ciò anche in relazione all'ammortamento del costo dei lavori previsti in offerta.

1.2. Le disposizioni della legge n. 118/2022, nel testo vigente delineano quindi modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime diverse da quelle dettate dagli artt. 36 ss. del R.D. 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della Navigazione) e dagli artt. 5 ss. del D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 (Regolamento per l'esecuzione del Codice della Navigazione).

Dette disposizioni prevedono l'affidamento delle concessioni in parola ad esito di un procedimento ad istanza di parte finalizzato all'affidamento in uso - anche esclusivo - del bene demaniale oggetto della

richiesta.

Sotto il profilo della pubblicità, detta disciplina normativa prevede(va) la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del Comune ove è situato il bene richiesto limitatamente alle "concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo" (dunque con un regime di pubblicità eventuale)

Inoltre, l'art. 37 del Cod. Nav. prevede che, in presenza di una pluralità di domande, l'Amministrazione provveda ad un confronto tra queste ultime, accordando la preferenza al richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'Amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico³.

1.3. Alla luce delle disposizioni della legge n. 118/2022 appare del tutto evidente che le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono tipiche e, soprattutto, sono tipici i criteri di aggiudicazione "qualitativi" che la stazione appaltante è tenuta ad adottare nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle medesime.

Inoltre, in linea di principio, deve essere indetta una gara distinta per ciascuna concessione in scadenza e, per di più, l'ente concedente deve indicare nel provvedimento d'indizione della gara "i motivi dell'eventuale mancata suddivisione della concessione in lotti e l'eventuale numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati al medesimo offerente".

³ La giurisprudenza ha rilevato che "Il rilascio di una concessione balneare non assicura al suo titolare un diritto di insistenza sine die o, comunque, un incondizionato diritto di permanenza sul bene demaniale fino al termine fissato dalla concessione o prorogato dal legislatore (in questo caso peraltro in contrasto con il diritto dell'Unione), ma attribuisce al concessionario una situazione giuridica soggettiva indefettibilmente soggetta alla sussistenza e, con l'andar del tempo, alla permanenza delle condizioni paesaggistico-ambientali, da un lato, e di quelle urbanistico-edilizie, dall'altro, che consentano lo sfruttamento dell'area pubblica da parte del soggetto privato. Pertanto, sono legittimi i piani particolareggiati di iniziativa pubblica degli arenili, comprendenti le aree demaniali destinate all'attività turistico-balneare, in presenza di concessioni demaniali preesistenti, che introducono previsioni urbanistiche incompatibili con la stabilizzazione degli effetti concessori; ciò anche in considerazione del fatto che la proroga automatica rilasciata dal Comune si deve pacificamente considerare priva di effetti in quanto contraria ai principi eurounitari in materia, anche a prescindere, da quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle decisioni nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, ove si consideri che i concessionari demaniali marittimi non erano titolari di alcun legittimo affidamento alla proroga della propria concessione, essendo già in allora ben noti gli effetti, sulla normativa nazionale, della sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 (c.d. sentenza Promoinpresa)" così Cons. Stato, sez. VII, 28/11/2023, n.10237.

Si aggiunge che l'ANAC con un "atto di segnalazione in materia di concessioni di beni demaniali" adottato con delibera 6 settembre 2022, n. 396 ha evidenziato che le concessioni demaniali turistico-ricreative sono sostanzialmente "concessioni di beni" e quindi al loro affidamento non si applicano le disposizioni in materia di affidamento di appalti pubblici e concessioni di servizi e lavori pubblici (ivi comprese, quindi, quelle relative alla finanza di progetto), salva l'ipotesi di concessioni c.d. "miste", cioè aventi ad oggetto, allo stesso tempo, lo sfruttamento economico del bene pubblico, ma anche la prestazione di lavori e/o servizi di natura pubblica.

2. Cenni sulla disciplina del partenariato pubblico privato di cui al D.Lgs 36/2023

2.1. Fermo quanto precede, occorre ora fare breve cenno alla disciplina del partenariato pubblico privato ("PPP") contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici, il quale ha peraltro subito recenti modifiche ed integrazioni ad esito dell'adozione del D.Lgs. n. 209 del 31/12/2024 ("Correttivo").

Al riguardo è utile anzitutto considerare che ai sensi dell'art. 174 (Nozione), comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici il PPP è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:

- a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un **rapporto contrattuale di lungo periodo** per raggiungere un **risultato di interesse pubblico**;
- b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene **in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata**, anche in ragione del rischio⁴ operativo as-

⁴ Il tema della identificazione, ponderazione ed allocazione dei rischi secondo metriche di efficienza allocativa e della relativa coerenza con i principi di *risk apportionment* gradualmente elaborati in sede comunitaria sono oggetto di diverse trattazioni ed approfondimenti. Più in generale, il tema del rischio è centrale nella qualificazione dell'istituto e nella sua differenziazione da altre forme di esternalizzazione. In proposito, si rinvia, tra l'altro, a Maria Carla MANCA, Il "project financing" e il collegamento alla matrice dei rischi fornita dall'Anac in *Finanza e tributi locali*, 2020, fasc. 12, pp. 5-14; Marco TIBERI, Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, fasc. 3-4, pp. 645-681; Giuliano TAGLIANETTI, I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di "project financing" in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2013, fasc. 1, pt. 1, pp. 168-181; Matteo BALDI, Silvia FASANO, Il "rischio d'impresa" nelle operazioni di project financing *Nota a Cons. Stato sez. V 10 gennaio 2012, n. 39* in *Urbanistica e appalti*, 2012, fasc. 7, pp. 803-813; Gianfrancesco FIDONE, L'attività di "advising" degli istituti di credito nell'interesse dell'amministrazione, tra le con-

sunto dalla medesima;

c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e **gestire** il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione;

d) il **rischio operativo** connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.

Il successivo comma 3 del medesimo art. 174 prevede che il PPP di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

L'art. 175 del Codice dei Contratti Pubblici si sofferma sulla programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio delle iniziative di PPP, prevedendo, tra l'altro, che le pubbliche amministrazioni siano tenute ad adottare un "programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato". In considerazione della peculiarità dell'istituto, la norma dispone che il ricorso al partenariato pubblico-privato da parte delle amministrazioni "sia preceduto da valutazione preliminare di convenienza e fattibilità". Tale valutazione deve incentrarsi sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.

Fermo quanto precede, è utile osservare che il PPP di tipo contrattuale comprende, anzitutto, le figure,

trapposte esigenze di terzietà e assunzione di rischio (Banks' advising activity in the interest of public administration, between the conflicting needs of impartiality and risk taking) in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2012, fasc. 7-8, pp. 2615-2636; Armando GRIGOLON, *Strumenti economici e giuridici per il partenariato pubblico-privato: tipologie d'intervento, struttura delle operazioni, allocazione dei rischi in Appalti e contratti*, 2012, fasc. 11, pp. 34-54

espressamente nominate dal d.lgs. n. 36/2023 della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità.

Nel caso delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative si tratterebbe di affidare una concessione e cioè, secondo la definizione normativa, di affidare un "contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto a pena di nullità in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (cfr. Allegato I.1 del d.lgs. n. 36/2023).

Per quanto qui interessa, l'art. 177, comma 6, del Codice prevede la possibilità che, unitamente al diritto di gestire i lavori e/o i servizi oggetto di concessione, sia anche riconosciuto un contributo pubblico finalizzato a far raggiungere all'operazione l'equilibrio economico-finanziario. In dettaglio, detta disposizione prevede che: "Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti".

In altri termini, per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, l'ente concedente può prevedere l'erogazione di un contributo pubblico che può assumere quattro distinte configurazioni:

- (i) un prezzo (nella prassi variamente identificato quale "contributo");
- (ii) prestazione di garanzie⁵;
- (iii) la cessione di immobili quale *datio in solutum*, secondo uno schema assimilabile alla permuta (cfr. art. 202 del Codice dei Contratti Pubblici);
- (iv) il riconoscimento di "altri diritti", quali possono essere diritti edificatori e/o un diritto di godimento di un immobile.

⁵ Tale ipotesi operativa, per il caso in cui l'ente concedente fosse rappresentato da un ente locale, dovrà essere inoltre coordinata con le rilevanti disposizioni del TUEL.

2.2. Per quanto qui rileva si distinguono due tipologie di moduli per l'affidamento di un PPP contrattuale: il PPP ad iniziativa privata ed il PPP ad iniziativa pubblica.

Per l'ipotesi dell'affidamento delle concessioni demaniali per finalità turistico ricreative s'intende analizzare esclusivamente la possibilità di realizzare un PPP contrattuale ad iniziativa privata (ritenendo poco probabile che gli enti concedenti possano autonomamente decidere di promuovere l'affidamento di dette concessioni secondo lo schema del PPP).

Il PPP contrattuale ad iniziativa privata è quello che implica la compartecipazione del privato sin dal momento della progettazione del PPP, secondo quanto previsto dall'art. 193, del Codice dei Contratti Pubblici, rubricato "Procedura di affidamento".

La procedura ad iniziativa privata è descritta agli artt. 193 e ss. del Codice dei Contratti Pubblici e può riguardare, in alternativa alla concessione, qualsivoglia schema contrattuale tipico o atipico di PPP che abbia i relativi requisiti⁶.

A tenore dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici ciascuna proposta contiene:

- (a) un progetto di fattibilità redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'allegato I.7;
- (b) una bozza di convenzione;
- (c) il piano economico-finanziario⁷ asseverato⁸;
- (d) la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;

⁶ Il principio è stabilito dall'articolo 198 (*Altre disposizioni in materia di gara*), comma 1, dove (opportunamente) si precisa che "Le proposte di cui all'articolo 193, comma 1, primo periodo, possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato."

⁷ Vasta la letteratura, anche aziendalistica, sul rilievo del piano economico finanziario nell'ambito delle operazioni di finanza di progetto. Per una disamina cfr. Michele RUTIGLIANO, Lorenzo FACCINCANI, *Project Finance nel Partenariato Pubblico-Privato e valutazione del Piano Economico-Finanziario* in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2012, fasc. 1, pp. 127-147.

⁸ Sulla natura dell'asseverazione si rinvia *ex multis* a Matteo BALDI, "L'asseverazione del PEF nel project financing" Nota a TAR Sicilia - Catania sez. IV 6 maggio 2010, n. 1297 in *Urbanistica e appalti*, 2010, fasc. 10, pp. 1202-1218.

(e) l'indicazione dei requisiti del promotore.

Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno.

In tale procedura è il soggetto privato proponente ad individuare l'opera da realizzare ovvero il servizio da offrire all'amministrazione nonché le relative caratteristiche.

Una proposta di PPP può avere ad oggetto sia interventi già previsti dagli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, sia iniziative non inclusi in tali strumenti.

Nel caso in cui, a seguito dello svolgimento della prescritta attività istruttoria, venga ravvisata la fattibilità della proposta di PPP, la stessa va inserita nel programma triennale delle esigenze pubbliche, idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato.

In particolare, il progetto di fattibilità - parte integrante di una proposta di PPP -, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente (art. 193, c. 7, del Codice)⁹.

Solo dopo la fase di scelta del promotore, la proposta di PPP fa il proprio ingresso all'interno della fase di progettazione, il che è confermato dal successivo c. 3 dell'art. 193 cit., secondo cui "All'esito dell'approvazione, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, per gli affidamenti dei lavori, ovvero il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato I-7, per gli affidamenti di servizi, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico".

Tale procedura di gara prevede il c.d. "diritto di prelazione" e, cioè, il diritto ad essere preferito al miglior offerente, che può essere esercitato entro quindici giorni dalla comunicazione di aggiudicazione della gara a patto che il promotore garantisca l'adeguamento alle migliori condizioni offerte dall'aggiudicatario. Nel caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, il promotore ha il diritto di ricevere, da parte dell'aggiudicatario, il pagamento dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della

⁹ Cfr. art. 193, comma 7, come novellato

proposta nei limiti di cui al comma 12¹⁰, art. 193 del d.lgs. 36/2023. Anche a seguito del Correttivo, si conferma che l'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.

Fermo quanto precede, merita rilevare anche che il Correttivo, ha inserito al comma 2 dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici la previsione di una fase preliminare di "manifestazione di interesse", obbligatoria per le amministrazioni pubbliche e facoltativa per il Promotore. Il Promotore può, infatti, tramite la presentazione della "manifestazione di interesse", richiedere le informazioni ed i dati necessari per la formulazione della stessa. Qualora l'ente concedente ritenga sussistere un interesse pubblico alla proposta, trasmette all'operatore le informazioni richieste e ne dà notizia sul proprio sito istituzionale (e questo a beneficio di altri eventuali operatori interessati a loro volta a proporre proposte (cd "PropONENTE/i").

La "manifestazione d'interesse" potrebbe quindi essere utilizzata per comprendere se l'Ente concedente è incline o meno ad utilizzare lo schema della finanza di progetto per l'affidamento delle concessioni demaniali turistico-ricreative.

3. Ipotizzabilità astratta di una proposta di PPP ad iniziativa privata che abbia ad oggetto la concessione di costruzione e gestione di uno stabilimento balneare e comprenda l'affidamento al concessionario della relativa concessione demaniale

3.1. L'art. 183 del Dlgs 50/2016 (ormai abrogato dal Codice dei Contratti Pubblici), recante "finanza di progetto", prevedeva l'utilizzabilità dello schema della finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle **strutture dedicate alla nautica da diporto**¹¹.

¹⁰ Dove, al secondo periodo, si prevede espressamente che "Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno."

¹¹ Su conciliabilità e necessario coordinamento tra disposizioni in materia di *project financing* e normativa di settore (in particolare d.p.r. n. 509/1997) si sofferma, quanto al settore delle strutture dedicate alla nautica da diporto ed evidenziandone i nessi di collegamento, Stefania BEVILACQUA, "Concessioni demaniali marine e porti turistici a interesse regionale" in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XII, 2024, pp. 833 e ss.

Una previsione analoga non è contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici, che non menziona in alcun modo le concessioni demaniali per finalità turistico ricreative.

Tuttavia, in linea astratta, si ritiene che non sia preclusa la presentazione di una proposta di PPP ad iniziativa privata che abbia ad oggetto, unitariamente, la realizzazione/rifacimento di uno stabilimento balneare a cura e spese del proponente e l'erogazione di specifici servizi all'utenza (se del caso unitamente ad altri servizi ed attività di pubblico interesse) e comprenda l'assegnazione della correlata concessione demaniale con finalità turistico-ricreative per un periodo di tempo sufficiente lungo (massimo 20 anni, secondo le previsioni dell'art. 3 della l. n. 118/2022) a consentire l'ammortamento degli investimenti e la generazione di un margine di utile.

In questo caso la proposta di PPP dovrebbe prefigurare una concessione c.d. "mista", cioè avente ad oggetto, allo stesso tempo, lo sfruttamento economico del bene pubblico e la prestazione di lavori e/o servizi di natura pubblica.

3.2. In questa prospettiva si osserva che la Regione Friuli-Venezia Giulia con Delibera della Giunta Regionale n. 897 del 14 giugno 2024 ha adottato: "Linee di indirizzo per il rilascio di concessioni demaniali marittime" ed ha ivi precisato che: "La disciplina delle linee guida si interseca con la disciplina della finanza di progetto, regolata dal libro IV del decreto legislativo 36/2023, che presuppone la presentazione di un progetto di pubblico interesse. La disciplina è stata richiamata dai commi 7 e 8 dell'art. 10 della l.r. 15/2023, qualora l'opera venga realizzata su bene del demanio marittimo gestito dalla Regione o dai Comuni costieri. In tal caso il privato provvede, a seguito della realizzazione dell'opera, anche alla sua gestione mediante una concessione demaniale marittima".

Infatti, nella Regione Friuli-Venezia Giulia l'art. 10, comma 7, della l. r. 15/2023 ha introdotto un comma 8.bis nell'art. 9 della 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).

Il comma 8-bis ivi inserito così dispone: "8 bis. Gli interventi di valorizzazione e recupero di beni demaniali marittimi possono essere realizzati da parte degli enti concedenti anche secondo le procedure di cui al libro IV "Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni" del decreto legislativo 36/2023, con la

possibilità di riconoscere a titolo di corrispettivo il diritto di gestire l'opera realizzata e il bene demaniale per una durata giustificata dal piano economico finanziario, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 36/2023 medesimo e anche in deroga ai limiti temporali di durata massima delle concessioni demaniali marittime di competenza regionale e comunale dettati dalla presente legge, dalla legge regionale 21 aprile 2017, n. 10 (Disposizioni in materia di demanio marittimo regionale, demanio ferroviario e demanio stradale regionale, nonché modifiche alle leggi regionali 17/2009, 28/2002 e 22/2006), e dall'articolo 03, comma 4 bis, del decreto legge 400/1993, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494".

Il successivo comma 8 dell'art. 10 della l.r. 15/2023 introduce un comma 7-bis nell'articolo 7 della legge regionale 21 aprile 2017, n. 10 (Disposizioni in materia di demanio marittimo regionale, demanio ferroviario e demanio stradale regionale, nonché modifiche alle leggi regionali 17/2009, 28/2002 e 22/2006). Tale comma 7-bis è di contenuto del tutto analogo al summenzionato comma 8-bis inserito nell'art. 9 della l.r. n. 22/2006.

Analoghe disposizioni di legge regionale non si rinvengono, tuttavia, nell'ambito delle altre regioni. Sono tuttavia state adottate linee guida regionali e talora anche comunali.

3.2. Ad esempio, nell'ambito della Regione Toscana vengono in rilievo le "Linee guida per l'istruttoria e la valutazione delle istanze per il rilascio di concessioni demaniali per finalità turistico ricreative e per la determinazione dell'indennizzo, in attuazione dell'articolo 3 della legge regionale 9 maggio 2016, n.31, come modificata dalla legge regionale 29 luglio 2024, n.30" adottate con la delibera di Giunta Regionale n.1042 del 16/09/2024.

Tali linee guida non fanno cenno alcuno alla finanza di progetto ed anzi prevedono che in caso di domande di concessione demaniale concorrenti il Comune provvede, secondo il proprio ordinamento ed organizzazione amministrativa, alla definizione della procedura comparativa, da sviluppare e conclu-

dere applicando l'articolo 37 del Codice della navigazione¹² e l'articolo 2 della legge regionale 31/2016¹³.

Nell'ambito delle regioni che non abbiano adottato specifiche disposizioni al riguardo potrebbe risultare di più ardua realizzabilità l'assegnazione di una concessione demaniale marittima per finalità turisti-

¹² L'art. 37 del Codice della navigazione prevede che: "Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico".

¹³ L'art. 2 della l.r. 31/2016 nel testo vigente prevede che: "Nell'ambito delle procedure comparative per il rilascio delle concessioni di durata superiore a sei anni e fino a venti anni, di cui all'articolo 03, comma 4 bis, del d.l. 400/1993 convertito dalla l. 494/1993, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità: a) costituisce condizione per il rilascio del titolo concessorio, l'impegno, da parte dell'assegnatario, a non affidare a terzi le attività oggetto della concessione, fatte salve: 1) la possibilità di affidamento in gestione delle attività secondarie ai sensi dell'articolo 45 bis del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione); 2) la sopravvenienza di gravi e comprovati motivi di impedimento alla conduzione diretta da parte dell'assegnatario stesso; b) per la valutazione delle domande concorrenti, costituisce elemento di preferenza la presentazione di un progetto di riqualificazione ambientale e di valorizzazione paesaggistica del territorio costiero, in coerenza con gli elementi di valore individuati nell'integrazione del piano di indirizzo territoriale (PIT) avente valenza di piano paesaggistico regionale, approvato con deliberazione del Consiglio regionale 27 marzo 2015, n. 37, con particolare riferimento alle schede dei sistemi costieri e alle schede d'ambito e con le previsioni contenute negli strumenti urbanistici comunali; b bis) fermo restando quanto stabilito alla lettera b), per la valutazione delle domande concorrenti, costituisce elemento di premialità l'essere micro, piccola o media impresa turistico-ricreativa operante in ambito demaniale marittimo; c) in caso di area già oggetto di concessione, l'ente gestore acquisisce il valore aziendale dell'impresa insistente su tale area attestato da una perizia giurata di stima redatta da professionista abilitato acquisita a cura e spese del concessionario richiedente il rilascio della concessione ultrasessennale; d) al concessionario uscente è riconosciuto il diritto ad un indennizzo, da parte del concessionario subentrante, pari al 90 per cento del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione, attestato dalla perizia giurata di cui alla lettera c), da pagarsi integralmente prima dell'eventuale subentro; e) le pubblicazioni effettuate alla data di entrata in vigore della presente legge, sul Bollettino Ufficiale della Regione Toscana e sull'Albo pretorio online comunale, per il rilascio di nuove concessioni effettuate ex articolo 18 del regolamento del codice della navigazione secondo le linee guida dell'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI), e per le quali non è pervenuta opposizione, né domande concorrenti, sono valide ed efficaci ai fini dell'applicazione della presente legge. 1 bis. Fino al riordino della disciplina statale in materia, le linee guida di cui all'articolo 3 definiscono, in applicazione dei principi enunciati nell'articolo 4 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), le modalità per la determinazione dell'indennizzo da corrispondere al concessionario uscente da parte del concessionario subentrante, in ragione del valore aziendale dell'impresa, attestato da una perizia giurata di stima redatta da un professionista abilitato, a cura e spese del concessionario uscente, considerando sia il residuo ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio, autorizzati ove necessario dall'ente concedente, sia il valore reddituale dell'impresa turistico-balneare, come definita dall'articolo 11, comma 6, della legge 15 dicembre 2011, n. 217 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010).

co-ricreative secondo la disciplina propria della finanza di progetto.

Ciò, in particolare, laddove le linee guida regionali delineano la procedura quale ordinaria procedura per l'affidamento di una concessione di beni.

Si deve anche aggiungere che l'applicabilità della disciplina propria della finanza di progetto determinerebbe l'applicabilità del diritto di prelazione in capo al promotore e, in caso di mancata aggiudicazione, il diritto a vedersi rimborsate le spese sostenute per la predisposizione della proposta.

Questo riecheggia il c.d. "diritto d'insistenza" (cioè il diritto del concessionario uscente ad essere preferito, a parità di condizioni) originariamente riconosciuto dall'art. 37 del Codice della navigazione e che la giurisprudenza ha ritenuto non conforme alla normativa comunitaria in materia di concessioni¹⁴.

Se la proposta di finanza di progetto fosse presentata dal concessionario uscente, quest'ultimo, in caso di rilascio della concessione a favore di un nuovo concessionario, avrebbe altresì il diritto a percepire l'indennizzo previsto all'art. 4, comma 9¹⁵, delle l. n. 118/2022.

¹⁴ T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 25/06/2024, n.2317; Consiglio di Stato sez. VII, 28/11/2023, n.10237; T.A.R. Pescara, (Abruzzo) sez. I, 17/10/2022, n.406; T.A.R., Palermo, sez. III, 14/03/2022, n. 814.

¹⁵ L'art. 4, comma 9, della l. n. 118/2022 prevede: "In caso di rilascio della concessione a favore di un nuovo concessionario, il concessionario uscente ha diritto al riconoscimento di un indennizzo a carico del concessionario subentrante pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, ivi compresi gli investimenti effettuati in conseguenza di eventi calamitosi debitamente dichiarati dalle autorità competenti ovvero in conseguenza di sopravvenuti obblighi di legge, al netto di ogni misura di aiuto o sovvenzione pubblica eventualmente percepita e non rimborsata, nonché pari a quanto necessario per garantire al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni, stabilita sulla base di criteri previsti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 31 marzo 2025. Il valore degli investimenti effettuati e non ammortizzati e di quanto necessario a garantire un'equa remunerazione, ai sensi del primo periodo, è determinato con perizia acquisita dall'ente concedente prima della pubblicazione del bando di gara, rilasciata in forma asseverata e con esplicita dichiarazione di responsabilità da parte di un professionista ovvero di un collegio di professionisti nominati dal medesimo ente concedente tra cinque nominativi indicati dal Presidente del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. Le spese della perizia di cui al secondo periodo sono a carico del concessionario uscente. In caso di rilascio della concessione a favore di un nuovo concessionario, il perfezionamento del nuovo rapporto concessorio è subordinato all'avvenuto pagamento dell'indennizzo da parte del concessionario subentrante in misura non inferiore al venti per cento. Il mancato tempestivo pagamento di cui al quarto periodo è motivo di decadenza dalla concessione e non determina la prosecuzione, in qualsiasi forma o modalità comunque denominata, del precedente rapporto concessorio.

Appare piuttosto evidente che l'applicabilità del diritto di prelazione o, alternativamente, del diritto di rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, unitamente al diritto di percepire l'indennizzo di cui all'art. 4, comma 9, l. n. 118/2022, potrebbe determinare un vantaggio competitivo in capo al promotore che, peraltro, mal si attaglia ad un contesto nell'ambito del quale è favorita ed anzi incentivata l'assegnazione delle concessioni turistico-ricreative di cui trattasi a piccole e medie imprese, le quali ordinariamente hanno meno dimestichezza con procedure complesse quale è quella della finanza di progetto.

A tale riguardo si osserva che l'AGCM nel proprio atto AS2029 del 12 agosto 2024 - *Proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico ricreative e sportive* ha evidenziato che "Con riguardo al modello procedimentale da seguire per il rilascio delle concessioni, **l'Autorità ritiene auspicabile che vengano previste forme procedurali di avvio d'ufficio piuttosto che su istanza di parte**¹⁶. Sul punto si rammenta come, nei propri più recenti pronunciamenti, il Consiglio di Stato abbia più volte affermato che il regime dell'evidenza pubblica, discendente dall'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi, è volto a perseguire l'obiettivo di aprire il mercato delle concessioni demaniali marittime alla concorrenza e assicurare la par condicio tra i soggetti potenzialmente interessati".

Seguendo l'auspicio di AGCM dovrebbe quindi preferirsi la modalità di assegnazione delle concessioni demaniali di cui alla l. n. 118/2022 ed escludersi l'applicabilità della disciplina della finanza di progetto.

3.3. Fermo quanto precede, deve tuttavia rilevarsi che le disposizioni della l. n. 118/2022, seppure pongano delicati profili di compatibilità con la disciplina della finanza di progetto, non precludono, in astratto, d'immaginare un percorso procedimentale che parta da una proposta privata di finanza di progetto ad impulso privato.

La mancata adozione del decreto di cui al primo periodo del presente comma non giustifica il mancato avvio della procedura di affidamento di cui ai commi 1 e 2.

¹⁶ Cfr. AS2002 - Comune di Viareggio (LU) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 27/2024; AS2003 - Comune di Camaiore (LU) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 27/2024; AS1930 - Comune di Jesolo (VE) - Procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime, in Bollettino n. 49/2023. In senso analogo, si veda anche ANAC, atto di segnalazione in materia di concessioni di beni demaniali, delibera 6 settembre 2022, n. 396.

Tale eventuale proposta (che dovrebbe essere valutata dal Comune concedente ai fini della previa verifica di un interesse pubblico e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico privato di cui all'articolo 175, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici) dovrebbe però avere i contenuti previsti dall'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici e quindi essere corredata da un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, da un piano economico-finanziario asseverato e dalla specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario dovrebbe comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno.

Si deve anche aggiungere che il soggetto proponente dovrebbe avere cura di redigere la proposta anche in conformità alle richiamate previsioni di cui all'art. 4, comma 4, della legge n. 118/2022 e dovrebbe altresì valorizzare (ai fini dell'eventuale valutazione di pubblico interesse della proposta da parte del Comune) gli aspetti qualitativi che il comma 6 del medesimo art. 4 individua quale contenuto dei criteri di aggiudicazione della procedura di gara ivi disciplinata.

In particolare, la proposta – in linea con le previsioni di cui al predetto comma 6 dell'art. 4 della l. n. 118/2022 – dovrebbe, tra le altre cose, specificare gli obiettivi di pubblico interesse che si prefigge di realizzare in termini di qualità e condizioni del servizio offerto agli utenti; il programma di interventi, con particolare riferimento a quelli finalizzati a migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale, anche da parte delle persone con disabilità, nonché l'offerta di specifici servizi turistici anche in periodi non di alta stagione; la qualità degli impianti, dei manufatti e di ogni altro bene da asservire alla concessione, anche sotto il profilo del pregio architettonico e della corrispondenza con le tradizioni locali; l'offerta di servizi integrati che valorizzino le specificità culturali, folkloristiche ed enogastronomiche del territorio;

In aggiunta, la proposta dovrebbe altresì tenere conto del contenuto delle linee guida eventualmente adottate a livello locale.

Il Comune chiamato a valutare il pubblico interesse sotteso alla proposta dovrebbe adottare un provvedimento motivato nel quale chiarire le ragioni per le quali ritiene più aderente all'interesse pubblico utilizzare lo schema procedimentale della finanza di progetto (e dunque riconoscere un diritto di prela-

zione al promotore), piuttosto che utilizzare la procedura di gara ordinaria prevista dall'art. 4 della l. n. 118/2022 per l'affidamento delle concessioni demaniali turistico-ricreative.

Si tratta, all'evidenza, di una valutazione particolarmente complessa e delicata e ciò anche in considerazione dei dubbi sulla compatibilità con il diritto comunitario del diritto di prelazione riconosciuto dal diritto nazionale in capo al promotore di una proposta di finanza di progetto.

A tale riguardo è utile ricordare che il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza 25.11.2024, n. 9449 ha così disposto: *“È rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale: “se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 Tfeue, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016”.*

Di tal che, ove mai la CGCE dovesse ritenere non compatibile con l'ordinamento comunitario la previsione di un diritto di prelazione a favore del proponente di una proposta di realizzazione di opera pubblica mediante finanza di progetto, eventuali procedure bandite con la previsione di tale diritto subirebbero una battuta d'arresto.

4. Valutazione dell'ammissibilità di una proposta di PPP ex d.lgs. n. 36/2023 avente ad oggetto la realizzazione di investimenti di pubblico interesse su beni del demanio marittimo in cambio dell'assegnazione di concessioni demaniali marittime aventi ad oggetto beni demaniali marittimi diversi da quelli su cui si realizzano gli investimenti interessanti per la P.A. concedente 4.1. Alla luce di quanto

si è andato esponendo, ferma restando la difficoltà oggettiva – dianzi rappresentata – di contemperare le previsioni del Codice dei Contratti Pubblici in materia di affidamento di concessioni di costruzione e gestione secondo il modulo della finanza di progetto e le previsioni della l. n. 118/2022 sulle modalità “tipiche” di affidamento delle concessioni demaniali turistico-ricreative, si ritiene ci sia comunque spazio per discutere dell'ammissibilità di una proposta di finanza di progetto che abbia ad oggetto la realiz-

zazione/rifacimento di uno stabilimento balneare¹⁷ e contenga l'illustrazione dei servizi che sarebbero erogati all'utenza a fronte del pagamento di un canone all'ente concedente e del diritto di sfruttare economicamente le strutture così realizzate o ristrutturare per un periodo di tempo fino a venti anni.

4.2. In questa linea di ragionamento si osserva che la proposta di PPP dovrebbe essere corredata, secondo le previsioni dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici, da (i) un progetto di fattibilità redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'allegato I.7; (ii) una bozza di convenzione; (iii) un piano economico-finanziario asseverato; (iv) la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e (v) l'indicazione dei requisiti del promotore

Il piano economico-finanziario dovrebbe comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno.

Conseguentemente, il progetto dovrebbe essere corredato da una relazione sulla specificazione dei servizi offerti ed il relativo piano economico finanziario dovrebbero comprendere anche gli interventi di pubblico interesse (es: interventi di ripascimento arenile, realizzazione opere di difesa costiera, opere di arredo urbano relative al lungomare, etc., rifacimento e manutenzione spiagge libere limitrofe, etc.) ed il costo di tali interventi dovrebbe essere remunerato dai proventi derivanti dalla gestione delle aree e manufatti per i quali si chiede la concessione demaniale

La proposta di PPP dovrebbe altresì contenere tutti gli elementi qualificanti e qualitativi previsti dall'art. 4, comma 6, della legge n. 118/2022 ed ulteriormente indicati nelle linee guida regionali o comunali.

Ove per la proposta di PPP fosse preliminarmente verificata la sussistenza di un interesse pubblico e riscontrata la relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'ar-

¹⁷ Tra quanti si sono dedicati ad esplorare l'argomento, concludendo nel non ravvisare ragioni ostative si segnala il contributo di Sergio FIDANZIA, "Concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative e sportive: riforma e scenari futuri" in *Italia Appalti*, 7 settembre 2022. L'Autore conclude per la praticabilità giuridica del modulo procedimentale in considerazione del fatto che le "concessioni demaniali" del tipo in esame possono essere ricondotte nel novero delle concessioni di servizi e queste ultime, a tenore del (vecchio) codice dei contratti pubblici, sono suscettibili di essere oggetto di procedure di finanza di progetto per la loro natura di contratti di partenariato (cfr. artt. 180, c. 8 e 183, comma 16 dell'abrogato d.lgs. 50/2016).

ticolo 175, comma 1, l'amministrazione sarebbe tenuta a dare notizia nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale della avvenuta presentazione di una proposta, provvedendo, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per consentire la presentazione di proposte relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici potenzialmente interessati.

Nei quarantacinque giorni successivi alla scadenza del periodo di pubblicazione, l'amministrazione dovrebbe provvedere ad individuare, in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economico-finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte, da sottoporre ad una successiva procedura di valutazione.

Nel corso di tale procedura di valutazione, l'amministrazione ha facoltà di invitare – se necessario – i soggetti proponenti ad apportare al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario ed allo schema di convenzione le modifiche ed integrazioni necessarie per la loro approvazione. In tale ipotesi, laddove le richieste di modifica ed integrazione non fossero accettate da parte dei soggetti proponenti, le proposte medesime devono essere respinte con provvedimento motivato.

In ogni caso, l'amministrazione è tenuta a concludere la procedura di valutazione, con apposito provvedimento motivato, entro sessanta giorni (differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie). Il provvedimento è oggetto di pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione ed è comunicato ai soggetti interessati.

Il progetto di fattibilità per il quale si sia positivamente conclusa la descritta fase di valutazione (anche comparativa) deve quindi essere integrato, se necessario ed in funzione dell'oggetto dell'intervento, con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'allegato I.7. Quanto precede anche ai fini dell'approvazione del livello progettuale ai sensi dell'articolo 38 del Codice dei Contratti Pubblici.

Il progetto di fattibilità tecnica ed economica (nel caso in cui l'intervento contemplasse lavori) o il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato I.7 (per il caso dei servizi), una volta approvato, viene inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

All'esito dell'approvazione, l'ente medesimo dovrebbe provvedere a porre il progetto di fattibilità tecnica ed economica (unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico e finanziario) a base di gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo.

Nel contesto della procedura di gara, terzi concorrenti potrebbero presentare offerte migliorative sul piano economico, in termini di canone offerto, oppure in termini qualitativi (ad esempio, prevedendo interventi e/o servizi ulteriori - di pubblico interesse - rispetto a quelli previsti da promotore), sulla base dei criteri di valutazione declinati dall'ente concedente nella disciplina di gara in coerenza con le previsioni dell'art. 4, comma 4, della l. n. 118/2022.

Il promotore avrebbe però, secondo le previsioni del Codice dei Contratti Pubblici attualmente vigenti, la possibilità di esercitare il diritto di prelazione e quindi così accettare di realizzare l'intervento secondo il contenuto dell'offerta migliorativa eventualmente selezionata dal Comune. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.

5. I recenti orientamenti dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato

L'astratta ipotizzabilità del ricorso al modulo procedimentale della finanza di progetto ad impulso privato per l'affidamento in regime di concessione delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative trova alcuni elementi di rafforzamento nella più rigorosa impostazione dell'istituto derivante dalle modifiche apportate all'articolo 193 del Codice dei Contratti Pubblici da parte del d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

Queste ultime, come illustrato nei paragrafi che precedono, hanno infatti introdotto una fase di delibazione preliminare in merito alla sussistenza di un "interesse pubblico" che impone in ogni caso l'ente - prima di attribuire al soggetto istante una posizione qualificata - ad avviare una fase di eventuale valutazione comparativa che rende dunque contendibile (prima della procedura di gara per la scelta del contraente) la posizione di vantaggio del soggetto promotore.

A questo si aggiungano i doverosi richiami ai (ripetuti) obblighi di motivazione rafforzata cui l'ente è tenuto ad aderire (con connessi oneri di pubblicità) che portano l'amministrazione a svolgere ancora più penetranti e ponderate valutazioni di merito, sia in ordine alla fattibilità tecnico-economica che alla convenienza dell'intervento.

A ben guardare, il quadro normativo che scaturisce dalla novella e che dal primo gennaio 2025 delimita il perimetro di operabilità dell'istituto sembra ben intonato ad un interessante ed articolato orientamento critico espresso da parte dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato con **parere motivato** del 3 dicembre 2024¹⁸, in merito al dossier "AS2062 - Comune di Gaeta (LT) - proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative".

La vicenda attenzionata da parte dell'Autorità, in estrema sintesi, riguarda la disamina di alcuni provvedimenti del Comune di Gaeta¹⁹ attraverso i quali l'ente locale aveva inteso dare avvio a procedure selettive pubbliche volte al rinnovo o alla riassegnazione delle concessioni demaniali marittime, dichiarando di voler applicare i criteri e le indicazioni desumibili dalle decisioni del Consiglio di Stato, dalla Direttiva

¹⁸ Pubblicato in Bollettino n. 9 del 10 marzo 2025, pagg. 36-41.

¹⁹ Segnatamente: Deliberazione della Giunta del Comune di Gaeta del 19 giugno 2024, n. 143, avente a oggetto: "Affidamento delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e/o sportive - Atto di indirizzo"; Deliberazione del Consiglio Comunale del 24 agosto 2024, n. 41, avente a oggetto "Istanza ai sensi dell'art. 193, comma 1 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e ss.mm. ii. per la realizzazione in concessione di servizi ed opere di pubblico interesse, con affidamento di concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative. Località Serapo, foglio 34, particelle 148-147/parte"; Deliberazione del Consiglio Comunale del 24 agosto 2024, n. 42, avente a oggetto "Istanza ai sensi dell'art. 193, comma 1 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e ss.mm. ii. per la realizzazione in concessione di servizi ed opere di pubblico interesse, con affidamento di concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative. Località Serapo, foglio 34, particelle 1648-1637-1638"; Deliberazione del Consiglio Comunale del 24 agosto 2024, n. 43, avente a oggetto "Istanza ai sensi dell'art. 193, comma 1 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e ss.mm. ii. per la realizzazione in concessione di servizi ed opere di pubblico interesse, con affidamento di concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative. Località Serapo, foglio 34, particella 1587"; Deliberazione del Consiglio Comunale del 24 agosto 2024, n. 44, avente a oggetto "Istanza ai sensi dell'art. 193, comma 1 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e ss.mm. ii. per la realizzazione in concessione di servizi ed opere di pubblico interesse, con affidamento di concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative. Località Serapo, foglio 34, particella 991"; Deliberazione del Consiglio Comunale del 24 agosto 2024, n. 45, avente a oggetto "Istanza ai sensi dell'art. 193, comma 1 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e ss.mm. ii. per la realizzazione in concessione di servizi ed opere di pubblico interesse, con affidamento di concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative. Località Serapo, foglio 34, particelle 1502-1386-1795".

2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi), dalla legge 118/2022 e dall'articolo 37 del codice della navigazione. L'ente locale, in buona sostanza, argomenta ritenendo che laddove siano rispettate le esigenze di pubblicità, trasparenza e imparzialità non sia necessario procedere con un bando indetto dalla Pubblica Amministrazione, ben potendo invece l'iniziativa partire dal mercato, come disciplinato dall'articolo 37 del codice della navigazione.

In tale cornice, l'ente ha dunque considerato ricevibili le proposte avanzate da cinque società ai sensi dell'articolo 193 del d.lgs. n. 36/2023 (N.B. nella sua formulazione ante "Correttivo") per la realizzazione in concessione su diverse porzioni demaniali, site in Località Serapo, di servizi e lavori di pubblico interesse a fronte dello sfruttamento di concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative.

Osserva l'Autorità che in tutti i provvedimenti esaminati, l'amministrazione affermerebbe che proposta ricevuta *"rimarca l'interesse pubblico di competenza del Comune"* in materia di affidamenti delle concessioni demaniali marittime e che il PEF *"rappresenta l'ammortamento degli investimenti proposti e giustifica[no] la durata della concessione proposta"*, deliberando conseguentemente di *"attestare, in relazione all'istanza formalizzata di project financing, l'interesse pubblico di competenza del Comune di Gaeta in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime [...], valutando positivamente, per quanto di competenza, la fattibilità della stessa"*.

Tale impostazione, a mente dell'Autorità, risulta opinabile nell'ambito del riferito parere vengono rilevate talune criticità concorrenziali.

In via preliminare, l'Autorità richiama un orientamento giurisprudenziale che solleva taluni dubbi in merito alla possibilità di utilizzare lo strumento del project financing alle concessioni demaniali marittime²⁰.

La stessa Autorità, tuttavia, non esclude in astratto la *"facoltà per le amministrazioni di ricorrere a tale*

²⁰ Invoca l'Autorità il Consiglio di Stato, sez. VII, sentenza n. 2762/2024, secondo il quale: *"Sul punto, va osservato che la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che alle procedure finalizzate all'assegnazione dei beni del demanio pubblico, per quanto comparative, non si applica il c.d. "rito appalti" (ex multis, Consiglio di Stato, sentenza n. 7398/2019). Né può in alcun modo ritenersi che tali procedure siano assimilabili - neppure in relazione al rito applicabile - ad altrettante concessioni di servizi"*.

istituto - attraverso l'inclusione della concessione demaniale marittima in un impianto contrattuale di partenariato pubblico-privato come contributo per il recupero dei costi di investimento". Sottolinea tuttavia, doverosamente, che in tale astratta ipotesi *"la relativa scelta debba in ogni caso essere adeguatamente motivata, sia rispetto alla sussistenza di un effettivo interesse pubblico in capo all'ente, sia con riguardo alla presenza di tutti i presupposti di legge per la sua configurabilità"*.

Detto questo, le osservazioni e censure formulate da parte dell'Autorità nell'ambito del parere si soffermano proprio sul fatto che il modulo procedimentale del *project financing*, pur permeato di estrema discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione, comporta il rispetto da parte dell'ente di una serie di obblighi istruttori e motivazionali, che garantiscano la trasparenza delle decisioni assunte.

Tali obblighi si rendono viepiù necessari in considerazione che il modulo in argomento conferisce un indubbio vantaggio competitivo in capo al soggetto proponente, rappresentato dal diritto di prelazione di quest'ultimo, che deve necessariamente giustificarsi in virtù dell'interesse racchiuso nella realizzazione dell'intervento in favore dell'ente concedente²¹.

Ricorda inoltre l'Autorità che con specifico riferimento al procedimento di valutazione di fattibilità della proposta di project financing, anche l'ANAC abbia sottolineato come, alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'amministrazione sia tenuta ad adottare un provvedimento amministrativo espresso e motivato, come previsto dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo²².

Richiamati tali principi, l'Autorità rileva che *"le delibere esaminate si caratterizzano per un'evidente carenza motivazionale atta a giustificare la sussistenza dell'interesse pubblico dell'amministrazione alla realizzazione dei progetti presentati e alla necessità di ricorrere allo strumento del project financing. In tali delibere, infatti, si fa un generico riferimento all'interesse pubblico (la proposta "così come presentata rimarca l'interesse pubblico di competenza del Comune"), senza alcun argomento che ponga in correlazio-*

²¹ Si fa riferimento, in particolare, all'obbligo di motivazione previsto all'articolo 3 della legge n. 241/19902, il cui rispetto, sebbene non espressamente richiamato dalle norme in tema di project financing, rappresenta un generale principio dell'azione amministrativa.

²² Cfr. Delibera Anac n. 329 del 21 aprile 2021 concernente la pubblicazione dei provvedimenti finali dei procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte per la realizzazione in concessione di lavori in project financing.

ne o chiarisca in che termini l'offerta risponda alle aspettative dell'Ente".

Ed inoltre, sottolinea che "al fine di soddisfare concretamente gli obblighi di trasparenza, imparzialità, rispetto della par condicio e confronto concorrenziale, la scelta di utilizzare lo strumento del project financing, e soprattutto l'approvazione dei progetti presentati, dovrebbe invece essere supportata da un solido impianto motivazionale a sostegno dell'interesse pubblico alla realizzazione degli stessi, mentre nel caso di specie l'unica valutazione svolta è relativa alla fattibilità delle opere, laddove invece interesse pubblico e fattibilità si collocano su piani diversi".

L'Autorità conclude ritenendo che i provvedimenti esaminati si pongano in contrasto con i principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere. Invita inoltre l'ente a comunicare, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte.

L'amministrazione comunale interessata, con successiva comunicazione del 29 gennaio 2025 ha ritenuto di potersi discostare dagli orientamenti espressi dall'Autorità, ribadendo la legittimità dei provvedimenti oggetto del parere motivato, non condividendo e contestando quanto affermato nel parere medesimo. Preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione Comunale alle indicazioni del parere reso, l'Autorità ha dunque disposto di impugnare i provvedimenti esaminati presso il competente tribunale amministrativo.

La vicenda descritta, in considerazione dell'autorevolezza delle tesi espresse ed avuto riguardo al merito delle contestazioni sollevate, conduce ad alcune riflessioni.

Le censure sollevate possono essere ricondotte, da un lato, a profili inerenti la debolezza dell'impianto motivazionale e, dall'altro, alla potenziale lesione del confronto competitivo indotto dalla posizione differenziata (e nella fase di impulso, asimmetrica) del soggetto proponente.

Tali rilievi, tuttavia, attengono ad una fase procedimentale che si era dispiegata dentro la cornice nor-

mativa pro tempore vigente, antecedente pertanto alla riforma dell'istituto dettata dal Correttivo.

Al riguardo, il legislatore della novella sembra aver anticipato i rilievi critici formulati da parte dell'Autorità plasmando in senso sostanzialmente conforme alcuni degli elementi che oggi connotano l'istituto.

Ci si riferisce in particolare agli obblighi di motivazione rafforzata e di pubblicità espressamente previsti in capo all'amministrazione e, aspetto di ancora maggior rilevanza nel caso esaminato, alla introduzione di una fase endo-procedimentale volta a rendere contendibile – pur nelle iniziative avviate ad impulso di parte – la posizione soggettiva del soggetto promotore, con attribuzione dei connessi vantaggi competitivi (prelazione, ristoro dei costi) subordinata a più rigorosi momenti di tutela dei principi di trasparenza, concorrenza e pubblicità.

6. Conclusioni

La disciplina speciale sull'affidamento delle concessioni demaniali turistico ricreative di cui alla l. n. 118/2022 ed al codice della navigazione non è ontologicamente incompatibile con la disciplina della finanza di progetto di cui al Codice dei Contratti Pubblici. Sussistono al riguardo nodi interpretativi da sciogliere (anche in considerazione delle indicazioni formulate al riguardo da ANAC e AGCM, ed in particolare nel recentissimo parere 4 dicembre 2024, pubblicato in data 10 marzo 2025), ma in presenza di un ente concedente attento e di una proposta di PPP effettivamente innovativa e che contemperi le previsioni del Codice dei Contratti Pubblici (come novellato) e della l. n. 118/2022, è possibile immaginare di ottenere una dichiarazione di pubblico interesse della proposta e l'avvio di una procedura di valutazione e successivo eventuale affidamento secondo lo schema della finanza di progetto contenuto nel Codice dei Contratti Pubblici (cfr. art. 193).

A questo scopo è però necessario che la proposta contempli dettagliatamente i servizi ed i lavori di pubblico interesse nell'ambito di un progetto di fattibilità unitario relativo alle aree e manufatti di cui si chiede la concessione demaniale e che valorizzi i profili qualitativi specifici individuati dall'art. 4 della l.n. 118/2022 sulla base di un piano economico finanziario che evidenzi, sul lato della domanda, i flussi attesi ed il ripiano degli investimenti previsti nell'arco temporale di durata della concessione, che non può essere superiore a venti anni.

Del pari costantemente ispirata a criteri di prudenza e ponderazione deve potersi manifestare l'azione dell'amministrazione che, al fine di non esporsi alle censure indicate da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dovrà attenersi a criteri di valutazione della proposta rigorosi nel metodo e misurabili nei risultati. Quanto precede sia sul piano della preliminare verifica della sussistenza di un interesse pubblico che nella successiva valutazione della fattibilità dell'intervento sotto tutti i profili di rilievo (tecnico, economico, giuridico nonché di convenienza e sostenibilità). I connessi oneri di adeguata motivazione, pubblicità e trasparenza rappresentano il naturale corollario dell'applicazione di tali principi. Questa condotta, sebbene più complessa ed impegnativa, rappresenta un elemento di rafforzamento della posizione dell'ente e, al contempo, agevola il consolidamento degli effetti del particolare procedimento di collaborazione tra pubblico e privato disciplinato dalla (nuova) procedura di finanza di progetto prevista a mente del vigente articolo 193 del Codice dei Contratti Pubblici.

Si aggiunge che la presentazione di eventuale proposta di PPP (la cui redazione è onerosa) potrebbe essere proceduta dalla meno onerosa "manifestazione d'interesse" volta a comprendere la sussistenza o meno di una disponibilità o meno dell'ente concedente a prendere in considerazione eventuali, dettagliate proposte di PPP.



DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**
