

REPUBBLICA ITALIANA

la

**Corte dei conti**

**Sezione del controllo**

**di legittimità su atti del Governo**

**e delle Amministrazioni dello Stato**

**II Collegio**

**nell'adunanza del 14 aprile 2005**

\* \* \*

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214;

vista la legge 21 marzo 1953, n. 161 contenente modificazioni al predetto testo unico;

visto il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165;

visto l'art. 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20;

visto l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;

visto il decreto dirigenziale in data 27 dicembre 2004 emesso dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Direzione generale per le infrastrutture della navigazione marittima e interna concernente l'approvazione dell'atto formale in data 20 luglio 2004 e del

successivo atto suppletivo in data 21 dicembre 2004, stipulati presso la Capitaneria di Porto di Gaeta per la concessione di un'area demaniale marittima di 19.550 mq. per la costruzione e la gestione di un porto turistico;

vista la nota prot. 0596 del 6 aprile 2005 con la quale il Consigliere delegato dell'Ufficio di controllo sui Ministeri delle infrastrutture ed assetto del territorio ha richiesto il deferimento alla sede collegiale del provvedimento sopra citato;

vista l'ordinanza del 7 aprile 2005 con la quale il Presidente della Sezione ha convocato i Collegi congiunti della Sezione centrale di controllo per il giorno 14 aprile 2005 per l'esame della questione proposta;

vista la nota n.45/P del 7 aprile 2005 della segreteria della Sezione con cui la predetta ordinanza è stata comunicata al Ministero delle infrastrutture e trasporti – Gabinetto, Dipartimento per la navigazione ed il trasporto marittimo ed aereo, Direzione generale per le infrastrutture della navigazione marittima e interna; al Ministero dell'economia e delle finanze – Gabinetto e Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato;

uditi il relatore Cons. Giorgio Putti, ed il dott. Cosimo Caliendo, dirigente di prima fascia in rappresentanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

non comparso il rappresentante del Ministero dell'economia e delle finanze.

Ritenuto in

## **FATTO**

Con il decreto dirigenziale in data 27 dicembre 2004, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Direzione generale per le infrastrutture della navigazione marittima ed interna, ha

approvato l'atto formale in data 20 luglio 2004, nonché l'atto suppletivo del 21 dicembre 2004, stipulati dalla Capitaneria di Porto di Gaeta, al fine di concedere alla soc. "Porto di Sperlonga s.r.l.", l'occupazione e l'uso di una zona di demanio marittimo e specchio acqueo per complessivi mq 19.550 situati nel Comune di Sperlonga, località porto, allo scopo di costruire e gestire un porto turistico, per la durata di anni 50, a decorrere dalla data di approvazione degli atti stessi.

Con nota in data 22 febbraio 2005, il competente Ufficio di controllo ha osservato quanto segue:

1) *"dagli atti trasmessi non è dato evincere che sia stata espletata una procedura ad evidenza pubblica per il rilascio della concessione di che trattasi.*

*È noto, infatti, che la pedissequa applicazione delle disposizioni recate dagli artt. 36 e 37 del codice della navigazione (approvato con R.D. 30.3.1942, n. 327) non appare idonea a garantire il rispetto del principio della pubblica gara, costantemente affermato dalla giurisprudenza in tema di concessioni di beni demaniali, alla luce dell'evoluzione del diritto comunitario e del diritto interno (cfr. CDS, Sez. VI n. 5365/2004);*

2) *non risultano allegati, ai sensi dell'art. 11 comma 4 del DPR n. 367/1994, i provvedimenti di revoca delle precedenti concessioni sull'area demaniale de qua, né dalle premesse del provvedimento all'esame è dato desumere le ragioni di interesse pubblico che li hanno determinati.*

*Inoltre non emergono i riferimenti topografici che consentano di verificare la riconducibilità dei siti demaniali in questione a quelli oggetto della concessione in argomento;*

3) *non sussistono le indicazioni dei criteri analitici che hanno condotto alla determinazione del canone (cfr. L. 350/03)."*

Con nota in data 21 marzo 2005, l'Amministrazione ha fornito le proprie controdeduzioni sostenendo che:

- 1) *"la procedura utilizzata per la trattazione delle istanze di concessione demaniale marittima per la realizzazione e gestione di strutture per la nautica di diporto è quella prevista dalla legislazione speciale del DPR 509/1997"* mediante pubblicazione della domanda all'albo pretorio del Comune di Sperlonga. Inoltre, che, nel periodo di pubblicazione, dal 10/11/2001 al 31/11/2001 incluso, non sono pervenute opposizioni e/o domande concorrenti;
- 2) *"i provvedimenti di revoca non sono stati allegati in quanto i titoli concessori interessati da tali provvedimenti, nel frattempo che veniva definito l'apposito procedimento, sono venuti a scadere in data 31/12/03"* e, pertanto, *"si è proceduto con i provvedimenti allegati in copia nn. 5537 e 5541 entrambi datati 30 marzo 2004 (...) intesi al diniego del rinnovo delle concessioni stesse"*, in quanto *"l'Amministrazione Marittima aveva ritenuto la nuova destinazione dell'area rispondente a criteri di una più proficua utilizzazione del bene demaniale, nonché di un più rilevante interesse pubblico"*;
- 3) in merito alle disposizioni recate dalla legge 350/03, art. 2 comma 53, che le stesse *"attengono ai canoni di cui all'art. 03 della legge 494/93 relativi alle concessioni ad uso turistico-ricreativo, pesca e cantieristica, rimanendo escluso il diporto nautico"*.

La risposta dell'Amministrazione non è apparsa idonea all'Ufficio di controllo competente a superare le insorte perplessità in ordine al primo punto della nota istruttoria e, pertanto, ha redatto apposita relazione di deferimento all'Organo collegiale.

In tale relazione è stata richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di ricorso alle procedure concorsuali per il rilascio delle concessioni, nonché la Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C121/02).

Relativamente al punto 2 del rilievo, è stato chiarito dall'Amministrazione che i provvedimenti di revoca non sono stati adottati in quanto i precedenti titoli concessori sono venuti a decadere in data 31 dicembre 2003 e, pertanto, si è proceduto al diniego del rinnovo delle concessioni ritenendo *"la nuova destinazione dell'area rispondente a criteri di una più proficua utilizzazione del bene demaniale nonché di un più rilevante interesse pubblico"*.

In ordine al punto 3 delle osservazioni, l'Ufficio di controllo ha accertato, alla stregua dei chiarimenti forniti, che la normativa da applicare per la determinazione dei canoni nella materia del diporto nautico è quella indicata dall'Amministrazione.

E ciò in quanto, il disposto di cui al comma 22 dell'art. 32 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 – come modificato dall'art. 2, comma 53 della legge n. 350/2003 – si applica esclusivamente ai canoni relativi alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Quanto sopra per effetto dell'esplicito richiamo operato dalla predetta disposizione al decreto ministeriale 5 agosto 1998, n. 342 concernente le sole concessioni a carattere turistico-ricreativo e non anche all'altro decreto ministeriale n. 343/1998 anzidetto avente ad oggetto il diporto nautico.

Nell'odierna adunanza il rappresentante dell'Amministrazione ha depositato ed illustrato apposita memoria nella quale sono state ulteriormente sviluppate le argomentazioni già svolte

in sede di risposta alla nota istruttoria, a sostegno della correttezza dell'operato posto in essere dall'Amministrazione stessa.

## **DIRITTO**

La Sezione è chiamata a decidere se, per l'affidamento in concessione di un sito di demanio marittimo e relativo specchio acqueo, l'Amministrazione competente sia tenuta ad esperire apposita procedura concorsuale anche in presenza di una sola domanda in base alla normativa specifica di settore (D.P.R. 2 dicembre 1997, n. 509) interpretata alla luce delle norme di diritto primario contenute nel Trattato CE.

Il regolamento, approvato con il predetto D.P.R., reca la disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica di diporto, a norma dell'art. 20, comma 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, avente la finalità, tra l'altro, di semplificare i procedimenti amministrativi.

In particolare, il citato regolamento, all'art. 4, contiene le modalità per la pubblicazione delle domande di concessione e, all'art. 5, la procedura da seguire per l'individuazione del concessionario.

In tale ultimo articolo viene previsto, ai commi 6 e 7, che la conferenza di servizi decide sulle istanze sulla base di criteri relativi *"alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica della regione, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione"*.

Il successivo comma 8 stabilisce che *"qualora non ricorrano ragioni di preferenza, si procede a pubblica gara da effettuare secondo modalità definite con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione"*.

Tali fasi procedurali riprendono quanto già previsto all'art. 37 del codice della navigazione e corrispondenti articoli del relativo regolamento che, per effetto dell'art. 9 del D.P.R. n. 509/1997, non sono applicabili ai procedimenti disciplinati da quest'ultimo regolamento.

L'Amministrazione, nella memoria presentata nell'odierna adunanza ed illustrata al Collegio dal suo rappresentante, ha controdedotto alle osservazioni dell'Ufficio di controllo esposte nella nota istruttoria e nella relazione di deferimento alla Sezione.

Particolare rilievo viene posto alla problematica concernente l'applicazione dell'evidenza pubblica alla fattispecie all'esame.

A tale proposito, l'Amministrazione sostiene che *"l'evidenza pubblica è un'esigenza riferibile solo ai contratti e non all'attività autoritativa della Pubblica Amministrazione, per la quale l'esigenza di controllo è assicurata dalla garanzia del procedimento amministrativo."*

*In particolare, la disciplina dell'evidenza pubblica non può riferirsi alle concessioni demaniali marittime quali concessioni di beni e ciò per due ragioni:*

a) *una ontologica: le concessioni demaniali marittime di beni non sono contratti, ma provvedimenti amministrativi, dunque, soggetti ad una specifica disciplina di diritto pubblico, e non alla disciplina di diritto privato.*

*Anche a voler accedere alla tesi che si verta in tema di c.d. concessioni-contratto, non potrebbe non rilevarsi che in tal caso vi sarebbe a monte il provvedimento amministrativo ed a valle un contratto (c.d. accessivo al provvedimento), strutturalmente collegato al provvedimento, per il quale, per definizione, non si pongono questioni di "evidenza pubblica" intesa in senso proprio.*

b) *una di diritto positivo: la disciplina positiva specifica sulle medesime concessioni di beni demaniali marittimi è quella speciale dettata dal codice della navigazione e dalle leggi speciali in materia di navigazione (es. l. 84/94 ecc.) e non quella dei contratti*".

*Viene, inoltre, affermato che "la concessione di bene demaniale non è un contratto (ma un provvedimento amministrativo), mentre l'appalto è un contratto. Inoltre la concessione di bene demaniale è istituto diverso dalla concessione di opera pubblica" (...) e che "alle concessioni di beni demaniali si applica la disciplina del diritto della navigazione mentre agli appalti si applica il diritto comunitario derivato e le norme nazionali in materia di appalti. Anche la comunicazione della Commissione sulle "concessioni nel diritto comunitario" si riferisce agli appalti ed alle concessioni (non di beni) ma di opere pubbliche*".

Soggiunge, inoltre, il Dicastero, che *"semmai ai beni del demanio marittimo che costituiscono "infrastrutture essenziali" (ad es. i porti commerciali) devono applicarsi i criteri comunitari afferenti la c.d. essential facilities doctrine (e non le direttive in materia di appalti)*".

E, a tal fine, vengono messe in evidenza le differenze di disciplina esistenti in tema di pubblicità nei procedimenti inerenti alla concessione di beni demaniali ed a quelle riguardanti i pubblici appalti.

Nel primo caso, viene evidenziato che l'individuazione è rimessa al privato e che *"è al momento della presentazione di una istanza che scatta la pubblicità"*, mentre, nel secondo caso, *"l'iniziativa è rimessa alla stazione appaltante"*. Conseguentemente, *"si dà quindi pubblicità non alle istanze dei privati, ma alla decisione della Pubblica Amministrazione di porre in essere un contratto di cui essa ha, almeno in nuce nel caso dell'appalto-concorso, determinato il contenuto e le finalità"*.

L'Amministrazione, infine, cita un quadro giurisprudenziale di riferimento a conferma, *in primis*, della *"vigenza e validità dell'impianto del codice della navigazione e del sistema*

*comparativo ivi previsto e dei cui principi il D.P.R. 509/1997 costituisce applicazione restrittiva: (per tutte Cds, 11.11.2004, n. 7283; CdS 20.12.2004, n. 8134; cdS 20.12.2004, n. 8144)”.*

Inoltre, ha completato il richiamo della giurisprudenza affermando che *"la medesima problematica sollevata nel contesto della relazione è stata recentemente affrontata dal Consiglio di Stato che, lungi dal ritenere contrastanti con il diritto comunitario le norme codicistiche, ne ha prospettato un'interpretazione orientata (non al diritto comunitario derivato in materia di appalti, ma) ai principi del Trattato (cfr. CdS, 25.1.2005, n. 168): per questa via risulta confermata la validità attuale della disciplina speciale, addirittura in tema di c.d. diritto di insistenza".*

Le considerazioni esposte dall'Amministrazione non possono essere condivise.

La Sezione deve, in particolare, darsi carico di accertare se le concessioni *"de quibus"* debbano essere considerate quali espressione della unilateralità del provvedimento concessorio rispetto al quale il rapporto convenzionale sottostante avrebbe carattere meramente accessivo.

A tale riguardo, giova sottolineare che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le concessioni della specie, caratterizzate da un rapporto bilaterale consensuale avente natura contrattuale, sono qualificate come *"concessioni-contratto"*.

Del resto, questa Sezione ha già avuto occasione di soffermarsi sulla *"subiecta materia"* affermando che *"la costruzione giudiziale di questa fattispecie "complessa" – che si è andata affermando e consolidando (...) riposa sulla constatazione che all'atto amministrativo di natura concessoria accede sempre una convenzione (altrimenti indicata: capitolato o disciplinare) in cui sono contenute le clausole destinate a disciplinare il rapporto paritario di diritti e obblighi*

*delle parti, sicché in essa fattispecie coesistono interessi legittimi (ad ottenere e/o conservare la concessione) e diritti soggettivi alle prestazioni dell'altra parte (...).*

*Tale impostazione concettuale, che ravvisa nel rapporto intercorrente tra il concedente ed il concessionario un rapporto di natura contrattuale, da cui solo possono derivare diritti soggettivi perfetti, ha trovato un riconoscimento e una validazione anche sul piano legislativo. La legge 6 dicembre 1971, n. 1034 all'art. 5 prevede la giurisdizione esclusiva dei T.A.R. in materia di concessione di beni e servizi proprio per la difficoltà di sceverare gli interessi legittimi, presenti laddove l'Amministrazione si pone in posizione di supremazia nei confronti del privato, dai diritti soggettivi, laddove la posizione del privato e dell'Amministrazione si ritrovano su un piano del tutto paritario regolato dal diritto comune" (cfr. deliberazione n. 73/1995).*

Tale ricostruzione, peraltro, trova conferma nel concreto operato dell'Amministrazione, in quanto la stipula degli atti convenzionali ha preceduto l'emanazione del provvedimento amministrativo il quale, anziché costituire, secondo un percorso logico-giuridico, la fonte del rapporto concessorio, si atteggia in realtà a mero atto approvativo del rapporto convenzionale già perfezionato ed in quanto tale incidente soltanto sull'efficacia del contratto medesimo.

Alla luce della predetta qualificazione giuridica del rapporto sottoposto all'esame di questo Collegio, si ritiene che la normativa da applicare in concreto sia rinvenibile nei principi del Trattato dell'Unione Europea, i quali vanno a completare, in via interpretativa, le specifiche norme interne in adesione alla "*primauté del diritto europeo*" (cfr. circolare 6 giugno 2002, n. 8756 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle politiche comunitarie, pubblicata in G.U. n. 178 del 31 luglio 2002). Tale criterio ermeneutico, del resto, è stato espressamente confermato (sia pure in un momento successivo alla conclusione del

procedimento *de quo*) dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 che ha modificato, in particolare, l'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 stabilendo espressamente che l'attività amministrativa deve perseguire i fini determinati dalla legge secondo le modalità previste dalla medesima legge n. 241, dalle altre disposizioni di settore "*nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

La citata circolare della Presidenza del Consiglio (unitamente alla precedente in data 1° marzo 2002, n. 3944, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002) ha sviluppato i principi e le regole di condotta sulle concessioni nel diritto comunitario, come interpretate dalla Commissione europea con Comunicazione del 12 aprile 2000 (G.U.C.E. n. 121/5 del 29 aprile 2000) alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria.

In tesi generale, la Commissione afferma che le concessioni non sono state definite dal Trattato CE. L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario è quella della direttiva lavori, prevedente un regime specifico per la concessione dei lavori. Viceversa, le altre forme concessorie non vengono disciplinate dalla direttiva sugli appalti pubblici.

Tuttavia, la Commissione ha tenuto a precisare che le concessioni non possono sfuggire all'applicazione delle norme e dei principi sanciti dal Trattato.

Infatti, ogni atto dallo Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del Trattato ed, in particolare, di quelle di cui agli artt. da 28 a 30 (ex artt. da 30 a 36) e da 43 a 55 (ex artt. da 52 a 66) nonché dai principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Trattasi, in particolare, dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

La Commissione prosegue, altresì, riconoscendo che la giurisprudenza formatasi riguarda in parte gli appalti pubblici. Tuttavia, i principi che ne derivano *“hanno spesso una portata che supera l’ambito degli appalti pubblici. Essi sono applicabili anche ad altre fattispecie tra cui le concessioni”*.

Particolare rilievo riveste nella giurisprudenza anzidetta il principio sulla parità di trattamento da cui viene fatto derivare l’obbligo di ottemperare al principio di messa in concorrenza.

Per quanto concerne la trasparenza, è stato ritenuto che essa può essere garantita con ogni mezzo appropriato, affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura.

Il principio di proporzionalità, poi, impone che la concorrenza si concili con l’equilibrio finanziario; la durata della concessione deve dunque essere stabilita in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza, più di quanto sia necessario, per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole, pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione.

Delineato il siffatto quadro normativo-giurisprudenziale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con le già citate circolari, ha ricavato i seguenti corollari:

a) *“in generale, per i contratti stipulati da pubblici soggetti in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta, in deroga ai principi di trasparenza e di concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in*

*presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico europeo. Alla stregua dei principi comunitari fin qui tratteggiati, si ricava, infatti, come le pubbliche amministrazioni, che intendono stipulare contratti non regolamentati sul piano europeo, pur non essendo vincolate da regole analitiche in punto di pubblicità e di procedura, siano comunque tenute ad osservare criteri di condotta che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie ed alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata";*

- b) *"in particolare, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alla prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve di regola essere conseguente a una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative."*

Sulla base di quanto sopra, la Presidenza del Consiglio ha invitato le Amministrazione interessate a conformarsi alle menzionate prescrizioni, avvertendo che eventuali inosservanze alle regole comunitarie potrebbero determinare per lo Stato italiano l'apertura di procedure di infrazione da parte dell'Unione Europea.

Va richiamata, a questo punto, la giurisprudenza di riferimento invocata dall'Amministrazione per confermare l'asserita validità della disciplina speciale recata dal DPR n. 509/1997, rispetto all'impianto del codice della navigazione. Particolarmente significativa appare la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 168/2005 con la quale è stato interpretato l'art. 18 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione alla luce del diritto comunitario.

L'organo legale, a tal fine, si è dato carico di verificare lo stato della giurisprudenza comunitaria quale emergente sia dall'interpretazione data alla materia delle concessioni da parte della Commissione Europea nella già sopradescritta Comunicazione del 12 aprile 2000, sia dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con circolari n. 3944 del 1° marzo 2002 e n. 8756 del 6 giugno 2002.

Invero, il Consiglio di Stato ribadisce che la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di concessioni di beni pubblici di rilevanza economica e dei principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza. Da ciò l'Organo giurisdizionale, richiamando il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, afferma l'obbligo della gara ad evidenza pubblica.

La Sezione, pertanto, non ha motivo per discostarsi dalla sopra cennata e consolidata giurisprudenza e, conseguentemente, ritiene di dover affermare, anche nel caso all'esame, che le concessioni di beni pubblici siano da sottoporre ai principi di evidenza pubblica che impongono l'espletamento di gara formale anche in presenza di una sola domanda, che si pone pertanto come atto prodromico all'indizione della gara medesima. Ciò nel presupposto che con la concessione di area demaniale marittima si consente a soggetti operanti sul mercato

una possibilità di lucro, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e di non discriminazione.

A tale proposito, va sottolineato che la concessione di un bene demaniale marittimo si attegga quale fattispecie complessa in cui assumono rilievo non solo la messa a disposizione del bene pubblico (dietro corresponsione di un canone), ma anche gli aspetti convenzionali relativi alle opere da realizzare, alla durata in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento programmato, nonché alla connessa attività di gestione delle opere stesse.

Per quanto riguarda il caso concreto all'esame, il mancato ricorso alla pubblica gara non trova giustificazione, poiché non è stata data alcuna dimostrazione di evenienze eccezionali di carattere tecnico ed economico, né della presenza di elementi di subordinazione gerarchica tra Amministrazione concedente e la persona giuridica affidataria, quali deroghe al regime dell'evidenza pubblica consentite dal diritto comunitario. Infatti, l'art. 45 del Trattato consente l'esclusione di siffatta procedura concorsuale soltanto nelle ipotesi di attività che nello Stato nazionale partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri. La norma, con orientamento unanime della giurisprudenza, va interpretata in modo restrittivo, evidenziandosi un trasferimento di potestà pubblicistica autoritativa non ravvisabile nell'istituto della concessione la quale, invece, ai fini del diritto comunitario, si caratterizza per le modalità di remunerazione dell'opera del concessionario.

In tale contesto, si appalesa inconferente il richiamo operato dall'Amministrazione all'*essential facility doctrine*, in quanto siffatta teoria, peraltro sottoposta a giudizio critico in dottrina, non si attaglia al caso di specie nel quale non si rinviene alcuna "posizione dominante di mercato".

Del pari non conferenti appaiono i richiami giurisprudenziali all'istituto giuridico del c.d. diritto di insistenza ex art. 37 del codice della navigazione, in quanto non ricorrente nella fattispecie all'esame.

**P.Q.M.**

La Sezione ricusa il visto e la conseguente registrazione al provvedimento in epigrafe.

IL RELATORE

IL PRESIDENTE

(Giorgio PUTTI)

(Danilo DELFINI)

Depositata in Segreteria il 13 maggio 2005