

Il difficile rapporto tra il principio di concorrenza e il cd. diritto di insistenza negli affidamenti di concessioni demaniali

Anna Maria Dalla Libera

Sommario: 1.Premessa.- 2. Le concessioni balneari. La direttiva UE 2006/123/CE .- 3. Il regime delle proroghe.- 4. La lettera di messa in mora della Commissione UE del 3.12.2020.- 5. Le sentenze n.17-18 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.-6. Le osservazioni critiche in dottrina.- 7.Il principio di affidamento e il ddl A.S. 2469 – A.C. 3634.

1.Premessa

I beni demaniali ed i beni del patrimonio indisponibile sono categorizzati dalla loro “destinazione funzionale” all’interesse pubblico, che ne connota il regime giuridico differenziandolo da quello sancito per i beni privati che seguono le regole della piena disponibilità, alienabilità e pignorabilità: non sono alienabili, usucapibili, pignorabili e devono appartenere allo Stato o ad altro Ente pubblico. Devono seguire inoltre determinate regole quanto all’uso, che può essere : - diretto, da parte della pubblica amministrazione; - collettivo, a favore dell’intera popolazione; - particolare, a favore di un privato attraverso il procedimento di autorizzazione;- eccezionale, tramite il provvedimento di concessione; - promiscuo, che avvantaggia sia la collettività sia la pubblica amministrazione.

I tratti distintivi dei beni pubblici si sono via via differenziati, tant’è che da ultimo si parla in generale di “proprietà pubblica”, evidenziandosi così la titolarità formale del bene, e ciò in ragione del procedimento di privatizzazione della pubblica amministrazione, correlativamente all’enucleazione del concetto di *common goods*, beni, anche immateriali, funzionali al completamento armonico dell’uomo, in linea con i dettami dell’articolo 2 e 42 della Costituzione.

La concessione di beni pubblici è un provvedimento ampliativo della potestà del privato, a sua volta titolare di un interesse legittimo, per una gestione migliore della cosa pubblica, ex art. 97 Costituzione, secondo lo schema dell’accordo amministrativo (articolo 11 legge 241 del 1990). L’amministrazione, secondo la procedura del codice dei contratti pubblici, conferisce al privato diritti e poteri, modulati secondo la propria discrezionalità tecnica e amministrativa.

2. Le concessioni balneari. La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE

Prima della direttiva europea 123/2006/CE, cosiddetta **direttiva Bolkestein**, le concessioni demaniali marittime erano gestite senza lo svolgimento di un procedimento pubblico, conferendo anche al privato gestore il cosiddetto diritto di insistenza, con correlata prelazione alla scadenza del contratto.

Con detta direttiva l'Unione Europea impose il rispetto di procedure per l'attribuzione di beni privati, in linea con il principio di libertà di stabilimento e di concorrenza (ex art. 1 dir. CE nr. 123/2006 e art. 49 TFUE).

Ex articolo 12 della direttiva, nel caso di limitatezza delle risorse naturali da destinare alla gestione privata, si deve procedere ad una selezione secondo criteri di pubblicità, trasparenza, non discriminazione.

Conseguentemente, si rendeva necessaria anche la riforma dell'art. 37 del codice della navigazione, eliminando la prelazione per il precedente concessionario e imponendo procedure di selezione trasparenti.¹

Nel 2008, la Commissione europea ebbe quindi ad aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, che ne ottenne l'archiviazione, rassicurando le istituzioni europee che avrebbe sollecitamente provveduto al riordino della materia.

3. Il regime delle proroghe

Nonostante le assicurazioni date, il Governo italiano dal 2009 disponeva più proroghe delle concessioni già in vigore, e ciò dapprima sino al 2015, poi fino al 2020, infine sino al 31 dicembre 2033 (art. 1 c. 18, dl n. 194/2009, convertito con modificazioni nella l. n. 25/2010; art. 24 c. 3-*septies* d.l.113/2016 convertito nella l. n.160/2016; l. n. 145 del 30 dicembre 2018 "legge finanziaria 2019, art. 1, c. 682 e 683).

La legge 145/2018 aveva esteso le concessioni balneari fino a 2033: il Ministro del turismo pro tempore precisava che detto provvedimento rispondeva all'esigenza di un periodo transitorio necessario ad attuare il riordino generale del settore.

Successivamente, con il dl. n. 34 del 2020 (cd. decreto rilancio, convertito nella l. 77/2020), il Governo, nel ribadire la valenza delle

¹ V. art. 37, 1° c., cod. nav. "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 della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico".

proroghe fino al 2033, disponeva la sospensione dei procedimenti amministrativi diretti a nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, ponendo specifico divieto alle amministrazioni di intervenire qualora *“l'utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione”* (art. 182, c. 2).

Il dl. 104/2020 (convertito nella l. 126/2020), nell'ambito delle misure a sostegno dell'economia, ha esteso formalmente la suddetta proroga al 2033 alle concessioni lacuali e fluviali, oltre che a quelle per la nautica da diporto.

4. La lettera di messa in mora della Commissione UE del 3.12.2020

Seguiva in data 3.12.2020 una nuova lettera di messa in mora della Commissione europea che contestava l'inottemperanza agli obblighi imposti dagli articoli 12 della direttiva Servizi e 49 TUE, censurandosi anche la mancanza di criteri specifici e oggettivi nonché di procedure per garantire trasparenza, imparzialità e adeguata pubblicità dell'avvio, dello svolgimento, del completamento della procedura.²

Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sollecitava una soluzione della questione.

Il Governo, espungendo il tema delle concessioni balneari dal ddl concorrenza 2021, prevedeva una delega al Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata, un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza. Senza però alcuna anticipazione del termine di scadenza del 2033.

5. Le sentenze n.17-18 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

A seguito delle sentenze n.73/2021, TAR Lecce, e n.504/2021 TAR Catania, la questione veniva rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito ad una serie di quesiti: se la pubblica amministrazione possa disapplicare la norma interna; se sia direttamente applicabile la direttiva Bolkestein; cosa succede ai rapporti pendenti e quali siano le conseguenze per i privati.

² Lettera di messa in mora della Commissione europea sulle concessioni balneari (ufficiocommercio.it)

Il Presidente del Consiglio di Stato aveva convocato l'adunanza plenaria al fine di stabilire se le singole amministrazioni locali avessero o meno il diritto di disapplicare l'estensione al 2033, oppure se questo potere spettasse solo ai giudici, e soprattutto se fosse vero – come aveva ad esempio sostenuto il Tar di Lecce – che la scadenza al 2033 era comunque valida, non essendo la direttiva Bolkestein auto-esecutiva.

Gli interventi *ad opponendum* delle associazioni di categoria costituitesi in giudizio venivano tutti dichiarati inammissibili

Con le sentenze numero 17 e 18 del 9 novembre 2021 l'Adunanza Plenaria ha statuito statuiva la disapplicazione delle norme sulla proroga automatica, anche da parte delle pubbliche amministrazioni, per contrasto con gli artt. 49, 101 TFUE e con l'art. 12 della direttiva Bolkestein.

In motivazione si richiama la sentenza della Corte di giustizia europea "*Promoimpresa*" del 14 luglio 2016, che già affermava l'illegittimità delle proroghe automatiche sulle concessioni balneari, poiché contrarie alle disposizioni della direttiva Bolkestein e del Trattato dell'Unione europea, laddove prevedono la riassegnazione periodica dei beni pubblici come le spiagge attraverso procedure comparative aperte e trasparenti.

Viene esclusa la necessità di ricorso della Pubblica Amministrazione alla autotutela, in quanto gli effetti della legge 126 del 2020, da intendersi *legge-provvedimento*, devono ritenersi automaticamente cessati.

L'adunanza plenaria ha fissato la scadenza delle proroghe al 31 dicembre 2023, secondo il ricorso al cosiddetto *prospective overruling*, ovvero all'adeguamento al diritto europeo entro un termine adeguato, per l'espletamento di nuove gare.

È stato altresì stabilito che al precedente concessionario spetti un indennizzo per "lesione dell'affidamento" e per le migliorie eventualmente effettuate sul bene demaniale.

La Plenaria ha sancito così il contrasto tra le proroghe automatiche generalizzate delle concessioni demaniali marittime di cui alla legge del 2020 rispetto alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione di servizi, protette dagli artt. 49 e 56 TFUE.

In riferimento specifico all'articolo 49 TFUE, viene richiamata la sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, secondo cui qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica deve conformarsi ai principi fondamentali del Trattato e, in particolare, ai principi di non discriminazione in base alla nazionalità, e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Ove un contratto (di concessione o di appalto) presenti un interesse transfrontaliero certo, in mancanza di trasparenza, l'affidamento di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice determina disparità di

trattamento a danno di imprese con sede in altro Stato membro, ipoteticamente interessate a tale appalto.

L'interesse transfrontaliero è correlato a un'opportunità di guadagno, per gli operatori economici di altri Stati, data dall'amministrazione attraverso il rilascio di provvedimenti anche diversi dall'appalto o dalla concessione alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione.

L'attrattiva economica, rilevano ancora i giudici, è peraltro accentuata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione, essendo evidente che, a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione concedente, il concessionario ha la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, sfruttando il valore turistico concreto del bene.

Non solo: si è detto, nel pronunciamento della plenaria, che i beni del demanio sono ontologicamente collegati ad un interesse transfrontaliero e che le concessioni relative devono essere soggette all'articolo 12 della direttiva Bolkestein, in riferimento alle concessioni marittime e lacuali, attesa la incontestabile scarsità naturale delle risorse, secondo gli stessi dati del Ministero delle Infrastrutture.

In molte Regioni è invero previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, nella stragrande maggioranza dei casi coincidente con la parte già assegnata.

In particolare, il Consiglio di Stato ha statuito che *“le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara”*, non già mere concessioni di beni, e che l'art. 12 della direttiva nr. 123 del 2006 ha efficacia diretta nel nostro ordinamento in quanto *“self-executing”*, essendo *“tale carattere espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza Promoimpresa (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito”*.

Da qui la conclusione della Plenaria della non necessità di interessare della questione la Corte di giustizia, stante l'automatica disapplicazione della normativa interna, per effetto della direttiva del 2006, sia per la pubblica amministrazione sia per il giudice.

Per l'effetto, l'amministrazione può *ex se* rilevare l'inefficacia della proroga delle singole concessioni, ovvero la inefficacia della legge-provvedimento, rendendo pubblica siffatta deliberazione.

Va sottolineato che l'interpretazione adottata dal Consiglio di Stato si applica anche tutte le concessioni pur oggetto di giudicato al fine di dare piena attuazione ai principi di libertà di stabilimento ed effettiva concorrenza ex artt. 49, 56 TFUE e art. 12 direttiva CE 123 del 2006.

Ne segue che alla data del 31 dicembre 2023 le concessioni in atto cesseranno automaticamente di produrre qualsiasi effetto giuridico.

Conseguentemente, il Consiglio di Stato esorta le pubbliche amministrazioni all'istituzione di nuovi bandi per la concessione di beni demaniali, considerando il legittimo affidamento maturato dai concessionari uscenti, potendosi anche conferire punteggi aggiuntivi a questi ultimi se abbiano dimostrato particolare diligenza nella gestione del bene pubblico.

6. Le osservazioni critiche in dottrina

L'auspicio di taluni era in realtà di portare un tema così delicato alla Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale delle leggi di proroga per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 12 della direttiva Servizi quale parametro interposto di costituzionalità, rimettendo al Giudice delle leggi la scelta se dichiarare incostituzionali le leggi di proroga per contrasto con un diritto UE privo di effetti diretti. E ciò anche eventualmente sospendendo il giudizio per chiarimenti della Corte di giustizia o anche prevedere un differimento dei suoi effetti temporali.

Preso atto della decisione della plenaria, si è osservato da una parte della dottrina che il concetto di autorizzazione dell'articolo 12 della direttiva dovrebbe essere inteso in senso stretto, riguardando l'eliminazione di un limite pubblicistico ad una facoltà del privato cittadino e non già le concessioni di beni demaniali.

Ancora, che l'interpretazione del concetto di "scarsità naturale", dovrebbe essere intesa in senso esclusivamente naturalistico e non giuridico, aggiungendosi che la direttiva 123 del 2006 non esplica efficacia diretta nell'ordinamento italiano, perché sprovvista dei necessari requisiti di determinatezza, quindi non auto-esecutiva, perché agli Stati membri sono lasciati ampi margini di discrezionalità.

La critica più severa riguarda l'accusa all'adunanza plenaria di avere esercitato una funzione legislativa, emanando delle "sentenze-delega", in particolare in relazione all'annullamento parziale della legge sulle proroghe con la sostituzione del termine fissato dal legislatore al 2033, ridotto dalla plenaria al 2023, senza fondamento legislativo, pur non ignorandosi che il Consiglio di Stato ha potere di modulare gli effetti dell'annullamento ai fini di salvaguardia di interessi pubblici rilevanti.

Analoga critica coinvolge i punti della decisione relativi ai criteri di liquidazione dell'indennizzo e ai criteri per l'assegnazione dei punti aggiuntivi ai pregressi concessionari.

Conseguentemente, la dottrina auspica un intervento legislativo senza ritardo, nel rispetto della libera circolazione dei servizi e della libertà di

stabilità, riducendosi i termini delle proroghe e statuendo criteri per attribuire, per le gare da istituire, punteggi aggiuntivi.

La auspicata riforma dovrebbe operare su tre binari: la sostituzione delle proroghe decennali con proroghe più brevi, l'affidamento a Regioni e Comuni dell'attività di ricognizione del territorio e della scarsità delle risorse, e la fissazione di criteri immediati per le gare che bilancino concorrenza ed economia sociale.

7. Il principio di affidamento e il ddl A.S. 2469 – A.C. 3634

In Italia la questione assume massima e particolarissima rilevanza dal momento che, anche in considerazione della estensione del nostro patrimonio costiero e delle condizioni climatiche favorevoli, le cd. concessioni balneari in essere ammontano a circa 30.000 e, nella maggior parte dei casi, i loro titolari hanno creato vere e proprie aziende, con significativi investimenti, in termini economici e personali, e importanti avviamenti.

Le singole amministrazioni concedenti, secondo la Plenaria, avrebbero il dovere di “comunicarne” l'esito ai concessionari in proroga. Questi, probabilmente, potranno iniziare autonomi giudizi per tutelare le proprie posizioni, con prospettazioni in quella sede di questioni di legittimità costituzionale.

Le amministrazioni potrebbero essere interessate d'altro canto ad azioni risarcitorie da parte dei concessionari non prorogati.

Potrebbe nascere altresì un contenzioso civile (con conseguenti eccezioni di illegittimità costituzionale) tra coloro che abbiano eventualmente stipulato atti di trasferimento o di subconcessione, con possibile chiamata in causa delle stesse amministrazioni.

Vi è altresì il tema delle modalità di indennizzo, rinvenibili secondo alcuni, in mancanza di normativa primaria specifica, nell'art. 42 cod. nav.

Tuttavia, i concessionari, confidando nelle proroghe, hanno continuato ad investire le proprie risorse, sia economiche sia personali, nelle imprese e nelle attività svolte sulle zone in concessione, creando aspettative di indennizzo per gli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati e per l'avviamento aziendale.

Merita di essere citata la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, VI sezione, del 13 gennaio 2022, n. 229, con la quale si è confermata l'efficacia delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2023 e si è statuito che “*le opere realizzate dai concessionari sulla superficie demaniale sono, ai sensi dell'art. 952 c.c., d'esclusiva proprietà privata c.d. superficaria fino al momento dell'effettiva scadenza*”.

C'è inoltre il tema delle peculiarità delle particolari situazioni e interessi pubblici che giustificherebbero la sottrazione di alcune concessioni alle

regole della concorrenza: così è per il carattere sociale di alcune zone (ad esempio le colonie) o storico-culturale o ancora di particolare pregio ambientale o per il legame con l'identità di una zona.

Con il Comunicato stampa n. 61 il Consiglio dei ministri, riunitosi in data 15 febbraio 2022, ha dato notizia dell'approvazione unanime dell'emendamento al ddl Concorrenza (*Disegno di legge: S. 2469. - "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" - approvato dal Senato-trasmesso alla Camera, A.C. 3634*)³ relativo alle modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali per finalità turistico – ricreative.

Il Governo ha confermato l'efficacia delle concessioni sino al 31 dicembre 2023, *in modo da aprire il settore alla concorrenza, tenendo conto delle sue peculiarità* ; si è impegnato ad adottare entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia, al fine di perseguire un utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale in coerenza con la normativa comunitaria, *promuovendo un dinamismo concorrenziale nel settore dei servizi e delle attività economiche connessi all'utilizzo delle concessioni per finalità turistico-ricreative e sportive.*⁴

Un progetto di riforma complesso che certamente incontrerà la forte opposizione di interessi economici territoriali ormai consolidati , ma che è destinato ad avviare un processo di modernizzazione quanto al migliore utilizzo dei beni demaniali destinati a finalità turistico – ricreative, *nel rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale.*

³ [STUD - Dossier - 490 \(camera.it\)](#)

⁴ [NC0158 \(camera.it\)](#)