

L'assegnazione delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo tra proroghe e pandemia. Piombino e Capri: due esperienze a confronto

di Paola MAZZINA*

ABSTRACT: *This work investigates the issue of the assignment of bathing permissions for tourist-recreational use, involving aspects of difficult compatibility with European law and being characterized, in relation to the internal system, by an extreme stratification of regulatory and case law interventions, in both ways, diachronic and in terms of content, a circumstance that makes the reconstruction of a unitary framework quite complex. In this context, in order to identify innovative regulatory solutions, the work deepens and compares the different experiences gained on the subject by the Municipalities of Piombino and Capri.*

SOMMARIO: **1.** Il contesto giuridico e giurisprudenziale europeo e nazionale: uno sguardo d'insieme. **2.** L'assegnazione delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo: il caso Capri-AGCM. **3.** Capri-AGCM vs. Piombino-Tar Toscana: due esperienze a confronto.

1. Il contesto giuridico e giurisprudenziale europeo e nazionale: uno sguardo d'insieme

La disciplina delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo e le procedure relative al loro affidamento attengono all'efficiente utilizzazione e gestione del demanio marittimo e vengono attuate attraverso il prevalente strumento del provvedimento concessorio.

* Professore associato di Diritto Costituzionale presso Università degli Studi di Napoli "Parthenope"..

Nel nostro ordinamento la trattazione di tale settore si presenta particolarmente complesso dal momento che investe aspetti di difficile compatibilità con il diritto europeo e che, nel caso del sistema interno, si caratterizza per una fitta produzione di interventi normativi e giurisprudenziali, in senso sia diacronico, sia contenutistico, circostanza che rende complessa la ricostruzione di un quadro unitario¹.

In particolare, per quel che riguarda il diritto dell'Unione, rilevano in prima battuta le norme fondamentali del Trattato e di diritto derivato rappresentate rispettivamente dagli artt. 49 e 56 TFUE e dalla ben nota direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (c. d. direttiva Bolkestein)

In merito, va ricordato che, rispetto agli artt. 49 e 56 TFUE riguardanti la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, la direttiva *de qua* ha avuto un impatto rilevante sulla materia oggetto del presente contributo, laddove, in particolare, l'art. 12 ha stabilito che: «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento» (par. 1) aggiungendo che, in tali casi,: «l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico

¹ Per quanto riguarda la letteratura, si rimanda ai recentissimi contributi presenti nel numero monografico di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (A cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli, 2021 che indagano i diversi profili problematici che si sono posti negli anni all'attenzione degli studiosi. Ancora di recente si consiglia, B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 20/2021 e G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 26/2020.

né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami» (par. 2).

In altri termini, nell'ambito dell'ampia categoria delle autorizzazioni, la direttiva 2006/123/CE ha previsto che quelle riconosciute ai privati, per lo svolgimento di attività limitate dalla scarsità delle risorse naturali, debbano essere concesse previa una procedura di selezione tra gli aspiranti governata dai principî di trasparenza e pubblicità, escludendo al contempo la possibilità di proroghe automatiche al prestatore uscente.

Dopo la direttiva c.d. Bolkestein, a fronte della procedura di infrazione (n. 2008/4908) avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia, il legislatore italiano - nelle more della preannunciata riforma del settore delle concessioni - ha adottato due provvedimenti tesi, in maniera contraddittoria, da un lato, ad abrogare con l'art. 1, c. 18, del d. l. 194/2009, l'art. 37 del codice della navigazione che - nella formulazione all'epoca vigente - prevedeva il c. d. diritto di insistenza del concessionario "uscente"; e, dall'altro, a riconoscere una proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015 - oggetto anch'essa di una lettera di messa in mora complementare (2010/2734) - ulteriormente prorogata sino al 31 dicembre 2020 dall'art. 34 duodecies del d. l. 179/2012².

Tale normativa è stata, successivamente, sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia a seguito di due rinvii pregiudiziali promossi rispettivamente dal Tar Lombardia e dal Tar Sardegna al fine di accertare la portata dell'art. 12 della direttiva Bolkestein e la compatibilità, o meno, delle proroghe delle concessioni demaniali sino al 2020 rispetto ai principî della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza³.

² Per le procedure di infrazione attivate nei confronti dell'Italia per violazione del diritto dell'Unione nel corso degli anni si vedano: 2008/4908 C (2009) 0328, 29 gennaio 2009, *Costituzione in mora*; 2008/4908 C (2010) 2734 del 5 maggio 2010 (n. prot. 4967), *Lettera di messa in mora complementare ex art 258 TFUE*; 2018/2273 C (2019) 452 final del 24 gennaio 2019, *Mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014, Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273*; 2020/4118 C (2020) 7826 final del 3 dicembre 2020, *Lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi*.

³ Sui rapporti tra concessioni marittime e concorrenza, A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democraticizzazione della regola della*

Con la altrettanto nota sentenza del 14/07/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa srl e a. contro Consorzio della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a., la Corte di Giustizia non solo ha affermato che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE de qua, restando rimessa al giudice nazionale la sola valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione; ma ha anche precisato che: «[...] l’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE [...], deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale [...] prevedere la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati»⁴.

La pronuncia in argomento, tuttavia, non ha interrotto la successione di proroghe *ex lege* che riguarda la durata delle concessioni balneari in scadenza: al riguardo, infatti, non solo non è intervenuta alcuna riforma in grado di garantire la compatibilità della normativa interna con l’ordinamento comunitario, ma – alla vigilia della scadenza del 31 dicembre 2020 - con l’art. 1, cc. 682, 683 e 684 della l. 148/2018 (Legge di bilancio 2019), sono state prorogate le concessioni demaniali marittime non ancora scadute, con rideterminazione del termine al 31 dicembre 2033⁵.

concorrenza, in *Giur. cost.*, 3/2018, p. 1251 e ss; A. MONICA, *Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2013, p. 437 ss.

⁴ Acquisito a seguito della sentenza *Promoimpresa e Melis* il dato che le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rientrano generalmente nell’ambito di applicazione dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, la discussione si è incentrata particolarmente sulla natura giuridica di tale norma. In particolare la giurisprudenza, soprattutto la giurisprudenza amministrativa, ha costantemente argomentato la natura di norma *self-executing* dell’art. 12 della direttiva servizi e dunque la sua efficacia diretta anche in assenza di una norma interna di recepimento - al netto del citato d.lgs. n. 59/2010 che, pur avendo formalmente inteso dare attuazione alla direttiva Bolkestein già in quella sede, ha subito una costante neutralizzazione attraverso le ripetute normative di proroga succedutesi nell’ultimo decennio.

⁵ Il sistema delle proroghe legali relativo alla durata delle concessioni per finalità turistico-ricreative in essere: Art. 1, c. 2, d. l. 400/1993 conv. in l. 494/1993, recante *Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*, sul rinnovo automatico delle concessioni demaniali sessennali a semplice

richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca della concessione ex art. 42 cod. nav.35; Art. 10, l. 88/2001, Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime, che fissa la durata delle concessioni demaniali marittime a sei anni e ne prevede il rinnovo automatico per altri sei anni "e così successivamente ad ogni scadenza", salvo il caso di revoca della concessione (art. 42, II c., cod. nav.); Art. 1, c. 18, d. l. 194/2009, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, conv. in l. 25/2010, che abroga il cd. diritto di insistenza di cui all'art. 37, c. 2 cod. nav. e proroga al 31 dicembre 2015 i rapporti concessori demaniali a uso turistico-ricreativo in scadenza alla medesima data; Art. 13 bis, d. l. 216/2011, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, che proroga al 31 dicembre 2012 le concessioni in scadenza entro la medesima data e relative al demanio marittimo, lacuale e portuale, anche ad uso diverso da quello turistico-ricreativo, fermo restando quanto disposto dall'art. 1, c. 18, d. l. 194/2009; Art. 11, c. 1, lett. a), l.15 dicembre 2011, n. 217, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010 che abroga il regime di rinnovo automatico delle concessioni ex art. 1 del d. l. 400/1993 e al contempo delega il Governo all'adozione di un decreto legislativo per la revisione e il riordino della legislazione in materia di concessioni demaniali marittime; Art. 34 duodecies, d. l. 179/2012, Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, conv. con mod. in l. 221/2012, che proroga al 31 dicembre 2020 il termine di durata dei rapporti concessori aventi finalità turistico-ricreativa e di quelli destinati alla nautica da diporto in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 (termine previsto dal d. l. 194/2009 (art. 1, c. 18)); Art. 1, c. 547, l. 228/2012, Legge di stabilità 2013, che modifica l'art. 1, c. 18, d. l. 194/2009, estendendo la portata della proroga anche alle concessioni lacuali, fluviali nonché a quelle destinate a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto; Art. 1 c. 291, l. 147/2013, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, che estende la proroga delle concessioni demaniali marittime esistenti - disposta dall'art. 1, c. 18, del d. l. 194/2009 - alle concessioni ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse (cd. legge di Stabilità 2014); Art. 24 c. 3 septies, d. l. 113/2016, Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio, conv. con mod. in l. 160/2016, recante la sanatoria dei rapporti concessori in essere in forza dell'art.1, c. 18, del d. l. 194/2009, nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea; Art. 1, c. 682 e 683, l. 145/2018, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (legge di Bilancio 2019), sulla proroga di quindici anni, sino al dicembre 2033, della durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative vigenti alla data di entrata in vigore della legge; Art. 182, c. 2, d. l. 34/2020, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (c.d. decreto rilancio), conv. in l. 77/2020, sul divieto, in ragione del contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica, per le pubbliche amministrazioni di avviare o prosecuzione dei procedimenti amministrativi finalizzati al rilascio o all'assegnazione mediante gara a evidenza pubblica delle aree

Inoltre, prima con l'art. 100 del d. l. 104/2020 è stata estesa la proroga di cui all'art. 1, cc. 682 e 683, della l. 145/2018, anche alle concessioni lacuali e fluviali e poi, con il successivo d. l. 34/2020, è stata confermata la proroga al 2033 delle vigenti concessioni stabilendo l'impossibilità per le amministrazioni comunali di intraprendere o proseguire durante la pandemia le procedure di scelta dei nuovi concessionari.

I diversi interventi normativi citati se, da una parte, hanno indotto la Commissione europea ad avviare il 3 dicembre 2020 l'ennesima procedura di infrazione nei confronti dell'Italia⁶; dall'altra parte, sul piano nazionale, hanno alimentato una ricca giurisprudenza che, in punto di rinnovo delle concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo, oltre ai vari progetti di legge, circolari e pareri dell'Antitrust, ha visto l'intervento in argomento sia della Corte costituzionale sia del Giudice amministrativo e delle sezioni penali della Corte di Cassazione⁷.

A fronte della giurisprudenza costituzionale – che, all'orientamento di assorbire il parametro della competenza interna (art. 117, c. 2° , lett. e) Cost. "tutela della concorrenza") in quello attinente al rispetto del diritto dell'Unione (art. 117, c. 1° Cost.), ha sostituito, in un

demaniali già oggetto di concessione, fermo restando l'art. 1, commi 682 e 683, l. 145/2018.

⁶ Per un maggiore approfondimento delle procedure di infrazione attivate nei confronti dell'Italia per violazione del diritto dell'Unione si considerino: 2008/4908 C (2009) 0328, 29 gennaio 2009, *Costituzione in mora*; 2008/4908 C (2010) 2734 del 5 maggio 2010 (n. prot. 4967), *Lettera di messa in mora complementare ex art 258 TFUE*; 2018/2273 C (2019) 452 final del 24 gennaio 2019, *Mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014, Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273*; 2020/4118 C (2020) 7826 final del 3 dicembre 2020, *Lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi*.

⁷ Per le decisioni della Corte di Cassazione penale bisogna distinguere quelle sulla disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto eurounitario: Cass. pen., sez. III, sent. 3581/2021; Cass. pen., sez. III, sent. 29105/2020; Cass. pen., sez. II, sent. 18200/2020; Cass. pen., sez. III, sent. 25993/2019; Cass. pen., sez. III, sent., 20476/2019; Cass. pen., sez. III, sent. 21281/2018; Cass. pen., sez. III, sent. 21045/2015; Cass. pen., sez. III, sent. 7267/2014; Cass. pen., sez. III, sent. 33170/2013; Cass. pen., sez. III, sent. 32966/2013; Cass. pen., sez. III, sent. 21158/2013, da quelle sulle condizioni per l'applicabilità della proroga e l'esclusione del reato ex art. 1161 cod. nav.: Cass. pen., sez. III, sent. 45529/2018; Cass. pen., sez. III, sent., 38121 e 38122/2015; Cass. pen., sez. III, sent. 29763/2014.

secondo momento, la tendenza di impiegare soltanto il primo, dando per assorbito il secondo⁸ - lo studio della decisioni del Giudice amministrativo ha permesso, invece, di distinguere almeno tre indirizzi⁹.

⁸ La mancanza di una normativa nazionale organica in grado di recepire la direttiva 2006/123/CE, dare attuazione ai principi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE e razionalizzare la materia, ha contribuito al delinearsi di un quadro normativo estremamente eterogeneo anche tra le Regioni. In tale contesto disarticolato che nell'ultimo decennio si è sviluppata una nutrita giurisprudenza costituzionale in materia di concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, avente ad oggetto proprio le molteplici norme regionali di proroga, più o meno dichiarata, delle concessioni in essere. Sul punto, un'analisi degli indirizzi della Corte costituzionale permette di distinguere pronunce in cui l'art. 117(1) Cost., riguardante i vincoli euro-unitari hanno assorbito i parametri di competenza interna (cfr. sent. 180/2010; sent. 233/2010; sent. 340/2010); pronunce in cui si registra un intreccio fra i parametri 117(1) Cost., sui vincoli euro-unitari, e 117(2) lett. e) Cost. sulla potestà esclusiva statale in materia di concorrenza (a riferimento costituzionale dell'art. 1, c.18, del d.l. 194/2009, adoperato in guisa di fonte interposta) (cfr. sent. 213/2011; sent. 171/2013); pronunce in cui il parametro rappresentato dall'art 117(2) lett. e) Cost. (competenza interna) marginalizza il parametro euro-unitario (così sent. 40/2017; sent. 157/2017; sent. 109/2018; sent. 118/2018; sent. 221/2018; sent. 1/2019; sent. 222/2020; sent. 10/2021; sent. 139/2021. Sulla delimitazione degli ambiti competenziali si suggerisce, N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkesteinin*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, cit., p. 53 ss..

⁹ In merito alle decisioni del Consiglio di Stato adottate sulla proroga ex art. 1, c. 682, l. 145/2018, bisogna distinguere le pronunce sulla disapplicazione della norma nazionale per contrasto con il diritto eurounitario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1219/2018; Cons. Stato, sez. VI, 7874/2019); da quelle relative alla necessaria applicazione della norma nazionale che non affrontano il tema della possibile compatibilità con il diritto nazionale, limitandosi a dare atto della sopravvenienza della norma (Cons. Stato, sez. V, 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257, 7258/2019; da altre che si occupano dei presupposti in concreto per l'applicazione della norma nazionale (Cons. Stato, sez. V, 4204/2021); da altre riguardanti l'applicazione della norma nazionale in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla compatibilità con il diritto eurounitario (Cons. Stato, sez. V, ord. 2997/2021). Si considerino, inoltre, anche le sentenze: sui criteri di scelta in caso di più domande di concessione e sulla necessità di procedure a evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. V, 7837/2019; Cons. Stato, sez. V, 7837/2020; Cons. Stato, sez. VI, 4610/2020; Cons. Stato, sez. IV, 1416/2021; Cons. Stato, sez. VI, 2002/2021); sulla potestà dell'Amministrazione di pianificare l'uso delle coste (Cons. Stato, sez. V, 4439/2017; Cons. Stato, sez. IV, 1147/2020); sulla rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: Decreto del Presidente del Consiglio di Stato

Il primo, di impronta europeista, ritiene che vadano disapplicate le norme nazionali (da ultimo l'art. 1, cc. 682, 683, l. 145/2018) che hanno prorogato la durata delle concessioni, in ragione del contrasto con l'art. 12 della direttiva c. d. *Bolkestein*, ritenuta di portata *self executing*. Tale posizione, che trova conforto, tra le altre, anche nella recente sent. 2002/2021 del Consiglio di Stato, ravvisa per lo Stato l'obbligo di indire procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei potenziali concessionari, in linea con quanto lo stesso art. 12 della direttiva prescrive in caso di scarsità della risorsa naturale.

160/2021. Per quel che riguarda, invece, le decisioni dei Tribunali amministrativi regionali sulla disapplicazione della norma nazionale per contrasto con il diritto eurounitario: T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 616/2021; sulla non applicabilità della norma nazionale: T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 4474/2019; sulla necessaria applicazione della norma nazionale e sulla compatibilità della stessa con il diritto unionale in quanto di carattere provvisorio: T.A.R. Molise, sez. I, 162/2015; sulla proroga ex art. 1, c. 682, l. 145/2018 ed, in particolare, sulla disapplicazione per contrasto con il diritto eurounitario: T.A.R. Campania, Salerno, 221/2020; T.A.R. Veneto, sez. I, 218/2020; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 265/2021; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 4090/2021; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 504 e 505/2021; T.A.R. Toscana, sez. II, 3639/2021; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 973/2021; sull'annullabilità, e non nullità, dei provvedimenti che dispongono proroghe contrastanti con il diritto eurounitario: T.A.R. Veneto, sez. I, 407/2021; sulla necessaria applicazione della norma nazionale e sulla natura non self-executing della direttiva 2006/123/CE: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 1321 e 1322/2020; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 165/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 263/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 268/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 347/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 773/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 881/2021; sulla necessaria applicazione della norma nazionale (pronunce che non affrontano il tema della possibile compatibilità con il diritto nazionale, limitandosi a dare atto della sopravvenienza della norma): T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 7073/2021; sulla necessaria valutazione ad opera dell'Amministrazione della compatibilità in concreto tra la proroga nazionale e il diritto eurounitario: T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 2488/2021; sull'applicazione in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla compatibilità con il diritto eurounitario: T.A.R. Abruzzo, Pescara, ord. 129/2021; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, ord. 3443/2021; sul difetto di legittimazione attiva di singoli cittadini a impugnare la proroga invocando il diritto di accedere alla libera spiaggia e, di fatto, tentando di stimolare un controllo generalizzato sulla legittimità dell'azione amministrativa: Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 1750/2021. Per le pronunce riguardanti la necessità che le nuove concessioni siano affidate con procedure a evidenza pubblica: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 1329/2017; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 1697/2019; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 36/2020; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3082/2021, n. 3082.

Il secondo orientamento, dall'approccio nazionalista (cfr. per primo Tar Puglia-Lecce sent. 1321/2020) e nega l'auto-esecutività della direttiva servizi e, segnatamente, la possibilità di disapplicare le norme interne, anche quando esse prevedano proroghe automatiche. A tale orientamento si affiancano anche alcune pronunce di altre autorità giurisdizionali che, prescindendo dal merito della questione della compatibilità con il diritto sovranazionale, hanno ugualmente dato applicazione alla normativa interna (Cons. Stato, sez. V, 24/10/2019, n. 7251; Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 14/06/2021, n. 7073).

In ultimo, il gruppo di decisioni a cui vanno ricondotte le più recenti pronunce cautelari che, di fatto, sospendono il giudizio nell'attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, convocata all'udienza del 13 ottobre 2021 per decidere se le proroghe delle concessioni debbano essere annullate d'ufficio e se l'obbligo di annullamento sussista anche per i provvedimenti di proroga su cui sia intervenuto *medio tempore* un giudicato favorevole ed, infine, sui rapporti tra la normativa emergenziale "Covid19" e l'art. 1, cc. 682 e seguenti, della l. 145/2018.

2. L'assegnazione delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo: il caso Capri-AGCM

Da quanto finora riportato, in base alla normativa introdotta nel 2018, i Comuni avrebbero dovuto prorogare *ex lege* le concessioni sino al 2033.

Sul punto, alcuni Comuni hanno applicato fedelmente la normativa nazionale, disponendo proroghe automatiche sino al 2033; altre Amministrazioni hanno disapplicato la normativa nazionale sulla scorta dei principî comunitari; altri Comuni hanno dapprima disposto le proroghe, per poi rivedere la propria posizione e annullare in autotutela le precedenti determinazioni¹⁰.

¹⁰ Sul "ruolo decisivo delle amministrazioni comunali in materia di concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo" cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkestein*, cit.

In questo ultimo filone va ricondotta l'attività avviata dal Comune di Capri in prossimità della stagione estiva 2021 che, al fine di individuare soluzioni normative innovative e nell'attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e di un ormai non più rinviabile riordino della normativa nazionale che sia in linea con la normativa dell'Unione europea e dei suoi principî, permette di riflettere su un caso di dialogo tra ente locale ed Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In merito, la Giunta comunale della Città di Capri con delibera 162/2020 recante "Proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime agli atti del settore IV LL.PP. fino al 31/12/2033, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 comma 682 e 683 della legge 145 del 2018 – estensione della proroga ex lege, direttive agli uffici per la formalizzazione degli atti" ha disposto l'attivazione del procedimento per l'estensione fino al 31/12/2033 della durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base di quanto previsto dall'art. 1, cc. 682, 683 e 684 della l. 145/2018, nonché dall'art. 182, c. 2, del d. l. 34/2020, come convertito con l. 77/2020, e dall'art. 100, c. 1, del d. l. 104/2020, come convertito con l. 126/2020, nella parte in cui tali norme si riferiscono, confermandolo, al meccanismo di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime¹¹.

L'adozione di tale provvedimento ha determinato l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autorità) che, con il parere del 18 gennaio 2021, richiamando - *ex multis* - le pronunce del Consiglio di Stato 5765/2009 e, più di recente, 7874/2019 e la delibera dell'Anac 25/2019, ha ribadito che in materia di affidamenti riguardanti l'uso di beni pubblici (rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti locali), l'individuazione del privato affidatario deve avvenire mediante l'espletamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di procedure di evidenza pubblica¹².

Considerati gli artt. 49 e 56 del TFUE, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, nonché la sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio

¹¹ La delibera 162/2020 è rinvenibile sul sito istituzionale della Città di Capri al seguente link: cittadicapri.it nella sezione Amministrazione trasparente.

¹² Cfr. segnalazione resa dall'Autorità il 12/12/2018 ai sensi degli artt. 21 e 22, l. 287/1990, AS1550 *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Boll. AGCM 48/2018.

2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa srl e a. contro Consorzio della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a., l'Autorità ha affermato che il Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa posta a fondamento della delibera della Giunta comunale 162/2020 per contrarietà della stessa ai principî ed alla disciplina eurounitaria sopra richiamata.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato che tali previsioni impongono agli Stati membri l'obbligo di conformarsi ai principî eurounitari richiedendosi, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della direttiva citata, la relativa disapplicazione per contrasto, di riflesso, con i principî di libera circolazione e di libertà di stabilimento. In linea con i precedenti interventi di *advocacy*, l'Autorità ricorda che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve, comunque, avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario.

Per questi motivi, con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere, l'Autorità - ritenuta la delibera in contrasto con gli artt. 49 e 56 del TFUE - ribadisce che è nell'interesse del mercato effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio, giacché la concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, nel rinviare ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, impedisce di cogliere i benefici derivanti dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica e l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive.

Affermata la non conformità della delibera *de qua* con gli artt. 49 e 56 del TFUE, in quanto suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché le disposizioni normative eurounitarie in materia di affidamenti pubblici (in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE), l'Autorità, conseguentemente, ha invitato il Comune di Capri ai sensi dell'art. 21 *bis*, c. 2, della l. 287/1990 a comunicare,

entro il termine di 60 giorni dalla ricezione del parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza contestate.

Per scongiurare l'ipotesi di un ricorso ed, al tempo stesso, aprire un dialogo con l'Autorità volto ad individuare una soluzione alternativa, a seguito della notifica del parere da parte di quest'ultima e della nuova procedura di infrazione, nel frattempo, avviata nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea il 3 dicembre 2020, il Comune di Capri ha formulato richiesta di audizione nel corso della quale è stato rilevato: 1) che gli eventi sopraggiunti hanno suggerito - trattandosi di una delibera di indirizzo - di non dare corso ad alcuna procedura di estensione automatica delle concessioni demaniali marittime esistenti; 2) che la particolare situazione che caratterizza il territorio costiero del Comune di Capri e le relative concessioni demaniali marittime consiste nella particolarità che molte di esse insistono su spazi sia demaniali sia privati e ciò non consente con facilità e nel breve termine l'avvio di procedure di gara per l'individuazione dei nuovi concessionari. 3) che, nel rispetto del termine previsto per la comunicazione delle iniziative adottate dal Comune per rimuovere le violazioni della concorrenza esposte nel citato parere (60 giorni dalla notifica), il Comune avrebbe valutato il possibile annullamento in autotutela della predetta delibera di Giunta comunale 162/2020 e la possibile successiva adozione di una procedura comparativa per garantire *medio tempore* dinamiche concorrenziali e il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento.

Facendo seguito alle interlocuzioni intercorse con l'Autorità, la Giunta comunale, sussistendo un pubblico interesse all'annullamento della del. 162/2020 ed al fine di rimuovere la situazione di incertezza giuridica correlata all'operatività della proroga delle concessioni balneari, con la delibera 41/2021 ha annullato d'ufficio l'atto e, contestualmente, ha sottoposto all'attenzione dell'AGCM le modalità con cui il Comune avrebbe inteso procedere alla gestione delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative, per verificare l'adeguatezza delle regole stabilite per la procedura di selezione in considerazione dei motivi imperativi di interesse generale sussistenti. In particolare, con la delibera 41/2021 si è annullata in autotutela la del. 162/2020 ed, al contempo, si è sottoposto al previo parere dell'Autorità una bozza volta a dare avvio, nel pieno rispetto degli

orientamenti formulati in materia, ad una procedura comparativa ai sensi degli artt. 37 del codice della navigazione e 18 del D. P. R. 328/1952 che - alla luce delle osservazioni avanzate dalla stessa Autorità - è stata successivamente approvata con modifiche dalla Giunta comunale (cfr. del. 98/2021)¹³.

Sul punto, infatti, nel parere adottato ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990 e notificato il 21 aprile 2021, l'Autorità da un lato, ha valutato favorevolmente la proposta predisposta dal Comune di Capri nella parte in cui - ai sensi dell'art. 37, c. 1, del codice della navigazione ed in ossequio ai principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza - si ammette che gli attuali concessionari, ove interessati, presentino motivata istanza di rinnovo della concessione per la durata di 5 anni e che le suddette istanze di rinnovo siano

¹³ Le delibere 41/2021 e 98/2021 sono entrambe rinvenibili sul sito istituzionale della Città di Capri al seguente link: cittadicapri.it nella sezione Amministrazione trasparente. Ai sensi dell'art. 37 del codice della navigazione: «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. 2. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. 3. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata». In base, invece, all'art. 18 del D.P.R. 328/1952: «Quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia. 2. Il provvedimento del capo del compartimento che ordina la pubblicazione della domanda deve contenere un sunto, indicare i giorni dell'inizio e della fine della pubblicazione ed invitare tutti coloro che possono avervi interesse a presentare entro il termine indicato nel provvedimento stesso le osservazioni che credano opportune e che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale. 3. In ogni caso non si può procedere alla stipulazione dell'atto se non dopo la scadenza del termine indicato nel provvedimento per la presentazione delle osservazioni e se, comunque, non siano trascorsi almeno venti giorni dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda. 4. Nei casi in cui la domanda di concessione sia pubblicata, le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni. 5. Quando siano trascorsi sei mesi dalla scadenza del termine massimo per la presentazione delle domande concorrenti senza che sia stata rilasciata la concessione al richiedente preferito per fatto da addebitarsi allo stesso, possono essere prese in considerazione le domande presentate dopo detto termine».

affisse nell'Albo del Comune per consentire, nel termine di 30 giorni, la presentazione di eventuali osservazioni e/o domande concorrenti da parte di altri operatori; ma, dall'altro lato, ha escluso la possibilità di un duplice rinnovo di pari durata, alla scadenza della stessa¹⁴.

¹⁴ Osserva l'Autorità che il rinnovo per l'ulteriore periodo di 5 anni, concesso a fronte di motivata richiesta ed a fronte di motivato provvedimento da parte dell'Amministrazione che verifichi, di volta in volta, il regolare rispetto da parte del concessionario degli obblighi concessori e di legge, contrasta con quanto stabilito dall'art. 12, c. 12, della direttiva 2006/123/CE che, in ogni caso, vieta una procedura di rinnovo automatico della concessione. L'Autorità valuta, quindi, favorevolmente la decisione del Comune di indire una procedura competitiva per l'affidamento delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreative presenti sul territorio comunale, ai sensi dell'art. 37, comma 1, del codice della navigazione, ed evidenzia che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come la disposizione richiamata debba essere interpretato alla luce dei principi eurolunitari di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, e massima concorrenza. Alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, fra cui devono essere ricomprese le concessioni demaniali marittime, poiché idonee a fornire una occasione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE (ora 101 TFUE) e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti. Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali. Per queste ragioni, ad avviso dell'AGCM, il modello procedimentale previsto dall'art. 37 del codice della navigazione e dall'art. 18 del regolamento esecutivo deve essere quindi applicato tenendo conto delle indicazioni della giurisprudenza amministrativa citata al fine di garantire, nello svolgimento della selezione, il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, confronto concorrenziale e proporzionalità, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 12, comma 1, della direttiva 2006/123/CE. Pertanto, oltre a quanto già previsto dalla procedura di cui all'art. 37 del cod. della nav. e dall'art. 18 del reg. es., l'Autorità auspica che codesto Comune declini, nell'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata i criteri di valutazione delle offerte, genericamente individuati dall'art. 37 con la formula «[...] 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 [...]». Infine, l'Autorità non ritiene condivisibile la previsione relativa al possibile duplice rinnovo della concessione contenuta nella bozza di delibera, sebbene a fronte di motivata richiesta e di motivato provvedimento da parte dell'Amministrazione che verifichi, di volta in volta, il regolare rispetto da parte del concessionario degli obblighi concessori e di legge. Al riguardo, rileva innanzitutto che tale previsione contrasta con quanto stabilito

3. Capri-AGCM vs. Piombino-Tar Toscana: due esperienze a confronto

La vicenda, brevemente riepilogata, in via del tutto preliminare, permette di porre in evidenza che, sul piano generale, l'Autorità nel fare proprio l'approccio europeista, pone alla base del parere il tema della portata *self executive* della direttiva *de qua*, sottolineando più volte che gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi eurounitari e a disapplicare la normativa interna laddove non rispetti le disposizioni normative sovranazionali.

In particolare, l'Autorità, in linea con gli indirizzi europei normativi e giurisprudenziali, nel confermare i suoi precedenti, con il parere *de quo* implicitamente ribadisce - riprendendo, in particolare, un passaggio decisivo presente già nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, C-103/88 - che la disapplicazione vale non solo in sede giurisdizionale, ma è un potere/dovere che ricade in capo anche alla P. A.¹⁵.

dall'art. 12, c. 12, della direttiva 2006/123/CE, ai sensi del quale è in ogni caso vietato prevedere una procedura di rinnovo automatico della concessione. Inoltre, per effetto di tale previsione, si determinerebbe una chiusura del mercato alla concorrenza per un lungo periodo, pari a ulteriori dieci anni rispetto ai cinque previsti, impedendo di cogliere i benefici derivanti dal periodo di affidamento mediante procedure competitive delle concessioni balneari. L'Autorità ritiene, quindi, necessario - nel caso in cui nel frattempo non dovesse intervenire la revisione ed il riordino, nel rispetto della normativa dell'Unione europea e dei suoi principi, della normativa nazionale relativa alle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo - che il Comune proceda, allo scadere del quinquennio, ad indire una nuova procedura competitiva.

¹⁵ La posizione in cui viene a trovarsi l'amministrazione che dà il bene in concessione ed il potere/dovere di disapplicazione della norma interna da parte dell'amministrazione concedente con conseguente obbligo di applicazione della norma comunitaria rappresenta un passaggio decisivo della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, C-103/88, in cui la Corte si pronuncia sulla fondamentale questione se il dovere di applicare il diritto europeo provvisto di efficacia diretta, in luogo di quello nazionale, gravi anche in capo a tutti i soggetti che nell'ordinamento interno hanno la competenza di dare esecuzione alle leggi. Ebbene la Corte di Giustizia, intervenendo su un caso riguardante proprio una direttiva avente efficacia diretta, rileva come «sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo

Più diffusamente, la problematica riguardante le modalità di risoluzione del contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria rispetto all'emanazione di provvedimenti amministrativi illegittimi (come, nel caso specifico, le proroghe delle concessioni rilasciate dai singoli Comuni sulla base della l. 145/2018) si lega al correlativo potere/dovere - affrontato, per tutte, anche dalla citata sentenza del Consiglio di Stato 7874/2019 - di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto eurounitario da parte anche del funzionario amministrativo chiamato ad adottare i provvedimenti di proroga delle concessioni sulla base della l. 145/2018.

Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che: «[...] è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora siano chiamati ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario [...]»¹⁶.

Peraltro, sulla stessa posizione del Consiglio di Stato si è attestata la maggior parte dei Tribunali Amministrativi Regionali che ha annullato le concessioni marittime prorogate sino al 2033, per diretto contrasto con la normativa comunitaria stabilendo che anche gli apparati amministrativi sono obbligati alla disapplicazione della normativa

di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne consegue che, qualora sussistano i presupposti necessari [...], affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni». Con la sentenza del 9 settembre 2003, *Consorzio industrie fiammiferi*, C-198-01, la Corte di Giustizia ha precisato che tale obbligo di disapplicazione, il quale oltre al giudice grava anche su «tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, [...] implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario». Sul punto si rimanda anche alla sentenza del 24 maggio 2012, *Amia*, C-97/11. Per maggiori approfondimenti, N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkestein*, cit.

¹⁶ Così sentenza del Consiglio di Stato 7874/2019, punto 14 del fatto e diritto.

nazionale di proroga delle concessioni demaniali per contrasto con la normativa eurounitaria (e con la sentenza della Corte di Giustizia del 2016)¹⁷.

Da un punto di vista del metodo, invece, la vicenda del Comune di Capri dimostra il valore aggiunto derivante dal confronto con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Di fronte, infatti, alla contestazione mossa dall'Autorità riguardante la legittimità dell'atto amministrativo adottato dalla Giunta comunale isolana, la strada del dialogo che si è deciso di percorrere si ritiene che faccia la differenza rispetto al diverso approccio riservato - tra gli altri - dal Comune di Piombino che, raggiunto da parere di analogo tenore, per difendere il proprio atto amministrativo ha preferito non adeguarsi alle prescrizioni dell'AGCM resistendo, successivamente, dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale¹⁸.

In particolare, il Comune di Piombino, con la determina dirigenziale 408/2020 avente ad oggetto "Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative. Legge 30/12/2018, n. 145, art. 1, commi n. 682, n. 683, n. 684. Determinazione in esecuzione delle disposizioni legislative per l'estensione della scadenza al 31/12/2033", ha deliberato l'attivazione del procedimento per la formalizzazione della estensione della durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative sino al 31

¹⁷ In argomento si segnalano tra le più recenti: Tar Toscana 363/ 2021, su un ricorso promosso dall'AGCM; Tar Sicilia, sez. distaccata di Catania, 505/2021; Tar Campania, nn. 1217 e 1218/2021. ad alcune pronunce di primo grado che hanno confermato la validità e la piena operatività delle disposizioni di cui all'art. 1, cc. 682 e 683 della l. 145/2018, si sono susseguite varie sentenze che hanno riconosciuto la necessità che le autorità competenti procedano alla disapplicazione della suddetta disposizione in quanto contrastante con il diritto dell'Unione Europea e, pertanto, rifiutino di prorogare automaticamente le concessioni vigenti (*ex multis* Tar Campania – Salerno sent. 265/2021, Tar Abruzzo sent. 40/2021).

¹⁸ Sui principi specifici relativi alla procedura comparativa per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime su territorio comunale: AS 1738 del 21 aprile 2021, *Comune di Capri (NA) - Procedura rinnovo concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino AGCM n. 17/2021. Sull'obbligo gravante sulla p.a. di disapplicare la normativa nazionale a fondamento dell'atto amministrativo per contrarietà al diritto europeo in materia di concessione demaniale avente finalità turistico-ricreativa tra gli altri: AS 1701, del 4 agosto 2020, *Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino AGCM n. 41/2020.

dicembre 2033 muovendo dal presupposto della legittimità dei commi 682, 683 e 684 dell'art. 1 della l. 145/2018.

A valle di una segnalazione riguardante la legittimità dell'atto *de quo* presentata da un cittadino alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quest'ultima ha reso un parere motivato ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990 indirizzato al Comune di Piombino nel quale, in sintesi, si è rilevato che l'Amministrazione avrebbe dovuto disapplicare la normativa in precedenza richiamata in quanto in contrasto con i principi europei in materia di tutela della concorrenza¹⁹ e, segnatamente, anche in questo caso si è invitata la stessa a conformarsi al suddetto parere²⁰.

Il Comune di Piombino nel trasmettere le proprie osservazioni ha sostenuto la legittimità del proprio operato e la carenza di istruttoria da parte dell'Autorità che, preso atto del mancato adeguamento al parere ricevuto e ritenendo non condivisibili le motivazioni addotte, ha presentato il ricorso al Tar Toscana al fine di ottenere l'annullamento della determina dirigenziale 408/2020, deducendo l'invalidità del provvedimento amministrativo derivata dal contrasto tra la normativa statale applicata e quella europea ritenuta direttamente applicabile.

Sul punto, la sez. II del Tar - nonostante le numerose eccezioni preliminari e di merito avanzate dal Comune di Piombino per mancanza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123, costituiti dalla scarsità delle risorse naturali e dell'interesse transfrontaliero certo - con la sent. 363/2021, ha accolto il ricorso promosso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed annullato il provvedimento amministrativo²¹.

¹⁹ L'Autorità ha richiamato gli artt. 49 e 56 TFUE nonché le previsioni di cui all'art. 12 della c.d. "Direttiva servizi" (2006/123/CE), anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è formata sul punto (e in particolare, della pronuncia pregiudiziale del 2016, resa nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 - sent. Promoimpresa)

²⁰ entro il termine di sessanta giorni dalla sua ricezione precisando che "laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni".

²¹ Tar Pescara 40/2021, Tar Salerno 265/2020, Tar Catania 505/2021, Tar Veneto 218/2020. Recentemente il Tar Campania, sez. Salerno, con la sent. 265/2021, ha altresì affermato che la proroga delle concessioni demaniali, in assenza di gara,

Nel giudizio, in particolare, il Tar ha aderito alle ragioni della parte ricorrente e dichiarato l'illegittimità dell'atto impugnato avendo accertati: 1) la sussistenza, nel caso di specie, dell'obbligo di disapplicazione della legislazione nazionale in contrasto con la normativa europea per cui il rilascio delle concessioni deve essere necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità; 2) la scarsità della risorsa; 3) l'interesse transfrontaliero certo; 4) la ricorrenza di motivi imperativi di interesse generale; nonché 5) la violazione dei diritti fondamentali incompressibili previsti dalla Costituzione.

Diversa, invece, la vicenda del Comune di Capri, laddove - dopo aver considerato che nella delibera 162/2020 è stato previsto espressamente che le proroghe dei contratti di concessione dovessero contenere una clausola di eventuale risoluzione automatica dei contratti e di esonero di responsabilità per l'ente nel caso il delinearsi di un orientamento giurisprudenziale difforme che potesse determinare l'invalidità della delibera stessa - non si è addivenuto al successivo perfezionamento dei rinnovi dei vigenti contratti di concessione, in ragione dell'incerto panorama giurisprudenziale che si è andato profilando e del parere S4057 dell'AGCM.

Tali circostanze - come si è esposto *supra* - hanno suggerito di adeguare, d'intesa con l'Autorità, l'operato del Comune di Capri alla normativa eurounitaria in materia al fine di scongiurare il rischio che le concessioni, successivamente prorogate in attuazione della delibera di indirizzo *de qua*, potessero essere oggetto di annullamento da parte dell'autorità giudiziaria.

Ed è proprio la individuazione condivisa di una soluzione alternativa alla resistenza ed al possibile successivo scontro giurisdizionale che fa la differenza rispetto all'esperienza del Comune di Piombino.

In entrambi i casi i pareri formulati dall'AGCM poggiano sull'argomento che il rinvio - attraverso le proroghe - del confronto

«non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento», perché equivalente a un rinnovo automatico delle concessioni, ostativo a procedure selettive aperte e trasparenti. La giurisprudenza - in modo pressoché unanime - ha, dunque, ritenuto ostativa al diritto eurounitario la proroga automatica delle concessioni sino al 2033.

competitivo per il mercato impedisce di cogliere i benefici derivanti dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica²².

In questo senso, le proroghe degli affidamenti, che non dovrebbero eccedere le reali esigenze delle amministrazioni per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive, integrano specifiche violazioni dei 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.

Allo stesso modo, in entrambi i casi le Amministrazioni muovono dagli stessi presupposti, ossia dalla necessità - fra l'altro rafforzata dall'entrata in vigore del d. l. 34/2020 - di tutelare le esigenze dei settori economici più profondamente colpiti dalla pandemia tra cui rientra il settore turistico, l'affidamento degli operatori del settore e, segnatamente, l'attenzione verso l'ormai imminente avvio della stagione estiva.

E, tuttavia, le strade percorse successivamente dal Comune di Piombino e dal Comune di Capri, come si è esposto, divergono sensibilmente.

Nell'attesa, come si riferiva, che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si pronunci e che il legislatore italiano finalmente ponga chiarezza in materia, la soluzione esaminata in questa sede non aderisce supinamente all'approccio iperconcorrenziale espresso dall'UE ma, attraverso l'individuazione di una procedura comparativa quale quella prevista dagli artt. 37 cod. nav. e 17 reg. att., permette

²² Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive, laddove - come si ricava, da ultimo, anche dalla recente segnalazione resa ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 in merito a "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021" del 22 marzo 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri - l'affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consente la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, in base anche all'art. 1, c. 675, della l. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese.

di evitare gli effetti distorsivi della concorrenza prodotti dalle proroghe, riuscendo a coniugare interessi pubblici ed interessi economici privati.

La procedura comparativa prevista dagli artt. 37 del codice della navigazione e dall'art. 18 del reg. di attuazione individuata con la delibera 98/2021 dal Comune di Capri rappresenta una soluzione che bilancia la posizione dell'Autorità - che vuole che nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, l'affidamento delle concessioni debba avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario - con la attenzione espressa recentemente dallo stesso legislatore verso la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari.