



Ufficio Legislativo e Affari Giuridici

Roma, 11 novembre 2021

Alle Organizzazioni Regionali e
Provinciali Confesercenti

Ai Responsabili Nazionali e territoriali
FIBA

Loro sedi ed indirizzi

Prot. n. 4822.11/2021 GDA

Oggetto: Sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

La legge n. 145/2018, che aveva esteso la durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative fino al 31.12.2033, va disapplicata sia dal sistema giudiziario (complesso TAR – Consiglio di Stato) che dalle amministrazioni competenti, ponendosi in contrasto con i principi pro-concorrenziali dell'UE.

Lo ha deciso lo scorso 9 novembre l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con una sentenza che è stata ormai commentata con grande clamore da tutti i *media*.

Anche gli atti della PA ricognitivi dell'avvenuta estensione di durata o addirittura i pronunciamenti dei giudici amministrativi che abbiano eventualmente riconosciuto i rinnovi di concessione devono essere considerati come mai emessi.

I titoli concessori, da considerare dunque decaduti e non più prorogabili né per effetto delle norme in essere né da ulteriori future norme, devono essere messi a bando, mediante procedure di gara.

Le concessioni continuano comunque ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, solo allo scopo di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea,.

Il Consiglio di Stato ha indicato al legislatore i principi cui le future selezioni pubbliche dovrebbero attenersi: fra questi la riconoscibilità di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi (un affidamento, però, dimostrabile con grandissima difficoltà dagli operatori).

Gli altri principi riguardano: la capacità tecnica, finanziaria ed economica degli operatori, l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi, gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti in relazione alla tipologia della concessione da gestire, l'introduzione di un limite alla durata delle concessioni, in concreto determinata dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al

concessionario, la considerazione della misura dei canoni concessori, in modo tale che, all'esito delle gare, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

Tali criteri, in ogni caso, devono escludere ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonee a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato e in una sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori.

E' ipotizzabile che ora il Governo valuti di inserire il tema del rinnovo delle concessioni all'interno del "Ddl Concorrenza", da cui tale argomento era stato espunto, anche in attesa del pronunciamento del Consiglio di Stato.

§§§

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha emesso, in data 9 novembre, la sentenza n. 18, per la riforma del provvedimento del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Prima), n. 00073/2021, che aveva accolto il ricorso proposto dal titolare di una concessione demaniale marittima e, per l'effetto, annullato i provvedimenti con cui il Comune di Lecce aveva respinto l'istanza di proroga ex lege 145/2018.

Il T.a.r. Lecce, in particolare, aveva ritenuto che l'Amministrazione comunale avesse illegittimamente disapplicato la legge nazionale che prevede la proroga delle concessioni demaniali, sostenendo, in particolare, che l'art. 12 direttiva 2006/123/CE non sia *self-executing* e che, comunque, anche ove lo fosse, ciò non legittimerebbe l'organo amministrativo a disapplicare la legge dello Stato, essendo l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva riservato solo al giudice e precluso all'Amministrazione.

Per ottenere la riforma di detta sentenza ha proposto appello il Comune di Lecce.

Il Presidente del Consiglio di Stato, rilevato che la questione oggetto del ricorso riveste una particolare rilevanza economico-sociale, che rende opportuna una pronuncia dell'Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali, ha deferito d'ufficio l'affare all'Adunanza plenaria.

L'Adunanza plenaria del CdS, con la sentenza n. 18, ha deciso:

- **rigettando la considerazione secondo cui le concessioni di beni demaniali marittimi sarebbero "concessioni di beni" e non "autorizzazioni di servizi",** tali da essere assoggettate alla "direttiva Bolkestein";
- **rigettando l'ulteriore considerazione secondo cui nel caso di concessioni di beni demaniali non vi sarebbe "scarsità di risorse naturali",** in quanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici nel nostro Paese sarebbero scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, essendo stato già raggiunto il – o essendo molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione;
- **affermando che la disposizione di cui all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE è self executing, ed ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità;**
- **affermando che la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020 presenta profili di incompatibilità comunitaria.** Non è, infatti, sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica". In senso contrario, si deve osservare, come evidenziato dalla Commissione nell'ultima lettera di costituzione in mora (che riguarda anche l'art. 182,

co. 2, d.l. 34/2020), che “la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l’economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell’impatto della pandemia da COVID-19;

- **affermando che i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all’obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE**; la questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l’interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi.

Pertanto, **alla luce delle predette decisioni, l’Adunanza plenaria ha espresso tali principi:**

1. **le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l’emergenza epidemiologica da Covid-19 – sono in contrasto con il diritto eurounitario. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione;**
2. **ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari.** Senza che vengano al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata, **la disapplicazione della legge implica che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano ritenersi *tamquam non essent* (come se non fossero mai esistiti), senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato;**
3. **al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedura di gara richieste e, altresì, nell’auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento dell’U.E.**

Indicazioni per il legislatore

Oltre ad esprimere i principi alla luce dei quali la sezione del Consiglio di Stato che dovrà pronunciarsi sul ricorso in appello contro la sentenza del TAR di Lecce deciderà in merito, l’Adunanza plenaria ha indicato al legislatore gli indirizzi cui dovrebbe attenersi per superare le incompatibilità con la legislazione comunitaria.

In ordine ai **principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle future gare alla scadenza del termine biennale**, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell’approntare la normativa di riordino del settore, il Consiglio di Stato ricorda che l’**art. 12 della direttiva 2006/123** già contiene importanti criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo

- una “*procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”,

ma precisando anche che

- *nello stabilire le regole della procedura di selezione si tiene conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell’ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario*”.

Nel considerare tali ultime prerogative **possono essere apprezzati e valorizzati in sede di gara**

- **profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale.**

Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, **la Corte di giustizia ha constatato che** “*gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d’interesse generale*”, precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni “*solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l’articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva*” e che comunque **necessiti al riguardo “una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell’autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti” (sentenza Promoimpresa)**. La Corte di giustizia ha del resto rinvenuto detta situazione rispetto a una concessione attribuita nel 1984, “*quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza*”, esigendo che “*la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico*” (sentenza Promoimpresa).

L’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal

- **riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi.**

In relazione alla pretesa esigenza di tutela dell’affidamento, però, la lettera di messa in mora della Commissione europea del 3 dicembre 2020, nel rilevarne l’insussistenza, ricorda che “secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all’interessato dall’amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili”.

In termini più generali si è affermato che, “**qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato**” (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09).

Al di là delle singole fattispecie, dall’esame delle pronunce citate si evince (appunto già a partire dal 2010) che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare

il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti.

Se i criteri dettati dall'art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del "principio di rotazione" (dettato in relazione al diverso settore dei contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, **nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi).**

La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. A tal fine **i criteri di selezione dovrebbero riguardare**

- **la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori**, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara.

Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare

- **l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi** (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori.

Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare

- **gli standard qualitativi dei servizi** (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e **sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti**, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna

- **l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni**, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario.
- **La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.**

È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il **reale valore del bene demaniale oggetto di concessione**. In tal senso,

- **sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.**

Come è noto, nel Ddl, varato giorni fa dal Governo, non è stata prevista una norma al riguardo del rinnovo delle concessioni degli stabilimenti balneari. Vi è inserita (art. 2 dello schema di Ddl) solo a una delega al Governo che, entro 6 mesi, dovrà costituire un sistema informativo sulle concessioni, che ne dettagli beneficiari, durata, rinnovi e proficuità dell'utilizzo economico del bene.

Sui balneari, il Governo attendeva, per valutarne le ricadute, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato rispetto all'applicazione della direttiva europea.

E' immaginabile che, a questo punto, il Governo, nell'*iter* di trattazione del "Ddl Concorrenza", inserisca tale tema, per ora escluso, al fine di superare le questioni poste dall'UE con la lettera di "pre infrazione" (o messa in mora) del 3 dicembre 2020, tenendo conto delle indicazioni del Consiglio di Stato.

Cordialmente,

Giuseppe Dell'Aquila

