GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

di Ruggiero Dipace

15 luglio 2021

All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

di Ruggiero Dipace

La questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative è oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza alimentato da un quadro normativo non del tutto chiaro e in possibile contrasto con il diritto europeo.

Al fine di dirimere le numerose questioni interpretative in materia, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto 24 maggio 2021, n. 160, ha deferito d'ufficio all'Adunanza plenaria due appelli in materia. Il potere officioso ex art. 99 c. 2 c.p.a. è stato utilizzato raramente e ciò dimostra la rilevanza delle questioni sottoposte al massimo organo della giustizia amministrativa.

Come noto la questione riguarda la necessità o meno, alla luce del diritto europeo e in particolare della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) di procedere, una volta scadute le concessioni, a una selezione pubblica per l'individuazione del nuovo concessionario. In tal senso si era espressa la Corte di giustizia UE

(sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) secondo la quale l’art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE “deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede 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”. Tali concessioni, quindi, rientrano nel campo applicativo della direttiva fermo restando il potere del giudice nazionale di valutare la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. Infatti, la direttiva prevede 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”. In questi casi, quindi, l’autorizzazione è rilasciata per una durata limitata e non può prevedere alcuna “procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami”.

A discapito del dato normativo europeo e dell’interpretazione della Corte di Giustizia, il legislatore nazionale ha previsto continue proroghe automatiche alla durata delle concessioni evitando così il ricorso alle procedure a evidenza pubblica imposte dal diritto europeo. In particolare, l'art. 1, c. 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), ha prorogato per quindici anni le concessioni demaniali marittime (quindi fino al 2033). Tali norme hanno peraltro causato l’avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea in data 3 dicembre 2020.

Da ultimo, per far fronte alla crisi economica derivante dall’emergenza sanitaria, l’art. 182, c. 2, del d.l. n. 34 del 2020, ha previsto una moratoria generalizzata al ricorso alle gare per le concessioni.

A contribuire a rendere il quadro ancora più complesso si sono inserite alcune disposizioni regionali che hanno nella sostanza replicato le norme statali riguardanti le proroghe automatiche delle concessioni.

Tali leggi regionali, però, sono state impugnate dallo Stato che le ha ritenute lesive delle competenze delle proprie competenze in materia di tutela della concorrenza (ex art. 117, c. 2, lett. e, Cost.). Da ultimo, la questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale con la decisione 9 giugno 2021, n. 139. In quel contenzioso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 che prevedeva che la validità delle concessioni con finalità turistico-ricreativa e sportiva, diportistica e attività cantieristiche

connesse in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, si estendesse, a domanda dei concessionari, fino al 31 dicembre 2033. Si trattava, quindi, di una legge regionale che replicava il meccanismo statale della proroga automatica delle concessioni.

La Corte costituzionale con la decisione 139/2021 ha statuito che la regione Friuli Venezia Giulia, pur essendo titolare di competenze legislative primarie in materia di ittica, pesca e turismo, nonché delle competenze amministrative sul demanio marittimo, lacuale e fluviale, ha leso la competenza legislativa statale in materia di concorrenza prevedendo una proroga delle concessioni in essere sino al 2033 non favorendo il ricorso a procedure di selezione pubblica e, quindi, limitando la concorrenza fra imprese (sul punto si veda anche la Corte cost. 12 gennaio 2021, n. 10; tale principio è stato affermato anche dal Consiglio di Stato con sentenza sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416 secondo la quale il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, tale da determinare un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, ove previsto dalla legislazione regionale, comporta non solo l'invasione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza ma anche il contrasto con l'**art. 117, comma 1, Cost.**, per lesione dei principi di derivazione europea nella medesima materia). La Corte, inoltre, ha precisato che nel campo della tutela della concorrenza la regione non può ventare alcuna competenza statutaria.

Tale contraddittorio quadro normativo ha dato luogo a differenti approcci delle amministrazioni concedenti alcune delle quali, in ossequio alla normativa europea favorevole alle procedure a evidenza pubblica, hanno negato le proroghe, disapplicando la normativa nazionale (in alcuni casi sono state concesse solo mere proroghe tecniche in attesa delle gare); altre amministrazioni hanno deciso in senso diametralmente opposto concedendo proroghe in applicazione della disciplina nazionale. Ovviamente, tale complessa situazione ha ingenerato un consistente contenzioso con decisioni ondivaghe sia di primo sia di secondo grado.

Proprio il decreto presidenziale deferisce all’Adunanza Plenaria due ricorsi in appello su controversie concernenti il rigetto di istanze di proroga di concessioni ma le cui decisioni di primo grado avevano avuto esiti opposti. Si tratta degli appelli su Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 gennaio 2021, n. 73 e Tar Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504.

Con la prima decisione, il Tar Puglia ha dichiarato l’illegittimità del provvedimento del Comune di Lecce con il quale si rigettava la richiesta della proroga automatica di una concessione in quanto in palese contrasto con la normativa nazionale ritenuta l’unica applicabile stante la sua prevalenza rispetto alla direttiva *Bolkestein* ritenuta non autoesecutiva e, pertanto, non suscettibile di diretta e immediata applicazione.

Infatti, secondo il Tar Puglia, la direttiva non può essere autoesecutiva in quanto non vengono normati alcuni aspetti fondamentali della disciplina delle gare per le concessioni. Quindi, è necessaria una normativa nazionale attuativa e di riordino del settore che individui la durata delle concessioni; le norme in materia di procedure selettive; la previsione di un indennizzo per i precedenti concessionari e, quindi, norme a tutela del loro legittimo affidamento.

Stante la natura non autoesecutiva della direttiva non sussisterebbe in capo alla pubblica amministrazione alcun obbligo di applicazione immediata della norma europea. Per cui un provvedimento amministrativo che disapplichi la norma nazionale sarebbe illegittimo per violazione di legge.

Con la decisione del Tar Sicilia n.504/2021, si afferma chiaramente il principio della necessità di ricorrere alle gare per l’assegnazione delle concessioni. Infatti, si ricorda che già la giurisprudenza, anche prima della sentenza della Corte di Giustizia del 2016, aveva in via maggioritaria aderito all’interpretazione favorevole all’esperimento delle procedure a evidenza pubblica in adesione ai principi comunitari di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, previsti dalla direttiva n. 123/2016. Tale indicazione si è rafforzata con la sentenza della Corte di giustizia del 2016 di modo che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale uniformarsi al quella europea sulle gare. Le concessioni, infatti, rientrano in linea di principio nell’ambito di applicazione della direttiva. Semmai, come già affermato dalla Corte di Giustizia, resterebbe devoluta al giudice nazionale la valutazione circa la natura “scarsa” della risorsa. Secondo il Tar, quindi, ogni regime che preveda una proroga automatica delle concessioni, indipendentemente dalla valutazione della natura scarsa o meno della risorsa naturale, sarebbe illegittimo. In tale contesto, il Tar affermava il potere/dovere non solo del giudice ma anche del funzionario pubblico di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con quella comunitaria.

Nella sostanza queste conclusioni erano state già raggiunte dal Consiglio di Stato con la citata sentenza sez. IV, 1416/2021. Con tale decisione si è affermato il principio che il mancato ricorso a procedure di selezione pubbliche crea un ostacolo all’ingresso di nuovi operatori in un settore come quello delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative le quali hanno a oggetto un bene/servizio limitato nel numero e nell’estensione a causa della scarsità delle risorse naturali.

In questa decisione il tema della scarsità della risorsa appare di rilievo ed è elemento di differenziazione rispetto alla sentenza del Tar Sicilia. Il Consiglio di Stato, infatti, ritiene di per sé la spiaggia un bene limitato e scarso con la conseguenza che ogni concessione deve essere

assegnata con selezione pubblica.

Nel caso della decisione del Tar Sicilia, invece, l'affermazione sembra essere più sfumata. Di volta in volta, infatti, l'amministrazione (e, quindi, il giudice) dovrebbe valutare sulla natura scarsa o meno della risorsa e, conseguentemente, decidere se ricorrere a una procedura selettiva.

L'elemento della valutazione caso per caso della natura scarsa della risorsa spiaggia sembra, quindi, essere dirimente nell'ambito della decisione sul ricorso alle procedure a evidenza pubblica e, a dire il vero, appare la soluzione più in linea con la normativa comunitaria. Su tale questione, quindi, si potrà trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di garantire l'attuazione del principio della concorrenza e quello di salvaguardare le esigenze degli operatori già presenti sul mercato.

I temi sono effettivamente di notevole portata e interesse e dal contrasto giurisprudenziale evidenziato deriva la decisione del Presidente del Consiglio di Stato che con il citato decreto ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

"*1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-excuting, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;*

2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;

3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree

oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell’entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell’art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145.”

Come è facile rilevare, le questioni che si pongono in materia sono numerose e di interesse. Si parte dalla natura giuridica delle concessioni ai fini dell’applicazione della direttiva europea, al tema della scarsità del bene, più in generale al rapporto fra normativa nazionale ed europea e al conseguente potere di disapplicazione normativa. Proprio sotto quest’ultimo aspetto i quesiti sottoposti all’Adunanza plenaria hanno un rilievo che va ben oltre il tema della conformità o meno delle proroghe automatiche al diritto europeo. Lasciando in disparte ogni considerazione sulla portata e sui limiti del potere officioso del Presidente del Consiglio di Stato ex art. 99, c. 2, c.p.a., la decisione dell’Adunanza plenaria, infatti, dovrà delineare l’ampiezza del potere di disapplicazione della normativa nazionale in conflitto con quella europea e, in particolare, se questo sia obbligatorio anche per le amministrazioni, gli enti pubblici e i soggetti a essi equiparati. Inoltre, dovrà essere chiarita la portata dell’esercizio del potere in autotutela da parte delle amministrazioni in adempimento al predetto obbligo disapplicativo.

La decisione, quindi, è attesa non solo per la risoluzione dello specifico problema riguardante le concessioni ma anche per le sue implicazioni di carattere generale in materia di disapplicazione normativa.