amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La fine della proroga delle concessioni demaniali marittime: la Direttiva Bolkestein immediatamente applicabile al diritto interno e le inevitabili conseguenze in tema di gare pubbliche e concorrenza. Sulla scia della pronuncia Promoimpresa. Sentenza Corte di Giustizia UE n. C. 348/2022 del 20.04.2023

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale di Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa. 2. I quesiti posti dal tar puglia alla corte di giustizia UE. Influenza della tesi sostenuta dall'adunanza plenaria nelle sentenze gemelle 17 e 18 del 2021. 3. La risposta decisa della Corte di Giustizia UE: la supremazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale con esso contrastante. La Direttiva Bolkestein nella sua potestà immediatamente applicativa. 4. La disciplina italiana in materia di concessioni demaniali marittime. 5. L'analisi comparata delle normative a confronto: prevalenza del diritto UE. Le questioni affrontate dalla Corte di Giustizia UE. 6. L'interpretazione della Direttiva Bolkestein come Direttiva self-executing. 7. Gli effetti della portata applicativa diretta della Direttiva Bolkestein sul diritto nazionale: il ruolo dei poteri dello stato italiano. 8. Conclusioni. 9. I nuovi interrogativi e le questioni irrisolte.

Abstract

The reference for a preliminary ruling promoted by the Puglia Regional Administrative Court in the matter of state-owned maritime concessions found its epilogue in the ruling of the EU Court of Justice relating to case C. 248/2022 dated 04.20.2023.

Preliminary referral order no. 743 of 11.05.2022 of the Puglia-Bari TAR had found the starting point for the postponement of the matter by virtue of the appeal of the Resolution of G.C. no. 225/2020 of the Municipality of Ginosa and concerning the policy act for the implementation of the provisions of Law no. 145/2018, art. 1, paragraphs 682 and 683, in conjunction with the D.L. no. 34/200 converted into Law no. 77/2020, art. 182, paragraph 2, and subsequent amendments. in the matter of state-owned maritime concessions.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il rinvio pregiudiziale promosso dal TAR Puglia in materia di concessioni demaniali marittime ha trovato il suo epilogo nella pronuncia della Corte di Giustizia UE relativa alla causa C. 248/2022 in data 20.04.2023. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 743 dell'11.05.2022 del TAR Puglia-Bari aveva trovato lo spunto per il rinvio di che trattasi in virtù della impugnazione della Deliberazione di G.C. n. 225/2020 del Comune di Ginosa ed avente ad oggetto l'atto di indirizzo per l'attuazione del disposto di cui alla L. n. 145/2018, art. 1, commi 682 e 683, in combinato disposto con il D.L. n. 34/200 convertito in L. n. 77/2020, art. 182, comma 2, e ss.mm.ii. in materia di concessioni demaniali marittime.

Con tale delibera, infatti, il Comune di Ginosa aveva dato indicazioni al responsabile del servizio per la predisposizione ed attuazione del disposto normativo nazionale relativo alla ennesima proroga delle concessioni demaniali marittime. Delibera, quella sopra indicata, impugnata dall'AGCM[1] a seguito di attivazione del procedimento di contestazione di tale atto, in quanto ritenuto contrario agli artt. 49 e 56 del TFUE, nonchè in contrasto con la direttiva 2006/123/CE (Direttiva c.d. Bolkestein), enunciante i principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento anche in ambito trasfrontaliero. La delibera di che trattasi, di fatto, veniva adottata in attuazione del disposto normativo italiano di cui alla L. n. 145/2018 (che consentiva la proroga delle concessioni esistenti al 31.12.2033) e di cui alla L. 77/2020 di conversione e modifica del D.L. n. 34/2020 (che, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato nella composizione in Adunanza Plenaria n. 17-18/2021, ha previsto la proroga al 31.12.2023).

2. I quesiti posti dal TAR Puglia alla Corte di Giustizia UE. Influenza della tesi sostenuta dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze gemelle 17 e 18 del 2021.

Proseguendo nell'analisi della materia, cui già si ci è soffermati in altro contributo[2], è necessario partire dalle pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021 le quali affermano, con fermezza, la contrarietà della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime al diritto eurounitario[3] e, conseguentemente, la contrarietà (e, dunque, la necessaria disapplicazione) della normativa nazionale contrastante con il diritto UE. Dalle decisioni della Plenaria se ne desume il principio secondo cui le concessioni di beni demaniali marittimi sono qualificabili come

[1] L'AGCM ha attivato il ricorso dinanzi al TAR Puglia della delibera di G.C. n. 225/2020 per violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolketein nonchè la violazione dell'art. 49 TFUE;

[2] v. "*La proroga (in)finita delle concessioni demaniali marittime e l'immediata applicabilità del diritto ue nel diritto interno. La rimessione alla Corte di Giustizia UE dell'ordinanza Tar Puglia, Bari, 11.05.2022, 1. n. 743*" in Amministrativamente, rivista scientifica trimestrale, fasc. 2/2021, ISSN 2036-7821;

[3] Il Consiglio di Stato, in particolare, ritiene la normativa nazionale in tema di proroga delle concessioni di che trattasi in netto contrasto con il disposto normativo di cui all'art. 49 e 56 TFUE, in quanto limiterebbe ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi del mercato interno;

"*autorizzazioni di servizi*" ex art. 12 della Direttiva in questione, da qualificarsi come una direttiva self-executing, ed in quanto tali soggette all'obbligo di evidenza pubblica.

Di diverso avviso, invece, era il TAR Puglia che, con l'ordinanza n. 743/2022 di remissione della questione alla Corte di Giustizia UE, aveva espresso il proprio orientamento - già all'epoca minoritario - con riferimento alle tematiche inerenti alla questione della proroga delle concessioni demaniali marittime ed alla natura non self-executing della Direttiva Bolkestein in materia. I questi posti dal TAR Puglia alla Corte sono stati i seguenti: "*1) se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto - trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 T.F.U.E.; 2) se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile; 3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione); 4) se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Dirtettiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. Da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ..." ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto; 5) se l qualificazione di una direttiva come auto- esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune; 6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein; 7) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e*

ISSN 2036-7821

dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 8) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo - come quello italiano - nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali".

3. La risposta decisa della Corte di Giustizia UE: la supremazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale con esso contrastante. La Direttiva olkestein nella sua potestà immediatamente applicativa.

La Corte di Giustizia UE, nell'affrontare la questione pregiudiziale alla stessa sottoposta[4], preliminarmente procede a disegnare il quadro normativo di contesto, richiamando, in primo luogo, l'art. 47 CE del Trattato CE[5] relativo al diritto di stabilimento. La norma in questione recita: "«*[Al fine di agevolare l'accesso alle attività non salariate e l'esercizio di queste], il Consiglio [dell'Unione europea], deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 stabilisce le direttive intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste. Il Consiglio delibera all'unanimità, durante tutta la procedura di cui all'articolo 251, per quelle direttive la cui esecuzione, in uno Stato membro almeno, comporti una modifica dei vigenti principi legislativi del regime delle professioni, per quanto riguarda la formazione e le condizioni di accesso delle persone fisiche.*

[4] Le questioni poste alla Corte di Giustizia UE concernono, in sostanza, la inerenza della Direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime e la sua immediata applicabilità al diritto interno degli Stati membri;

[5] Normativa precedente, in materia, rispetto alla Direttiva Bolkestein;

ISSN 2036-7821

Negli altri casi il Consiglio delibera a maggioranza qualificata». Richiama, poi, l'art. 94 CE (che sostanzialmente corrisponde all'art. 115 TFUE) secondo cui "*Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione* [europea] *e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune*". La Corte di Giustizia pone, dipoi, l'attenzione sui considerando 1, 5, 12, 64 e 116 della Direttive 122/2006 secondo cui "*L'eliminazione delle barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra Stati membri costituisce uno strumento essenziale per rafforzare l'integrazione fra i popoli europei e per promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e duraturo.* [...] *E' necessario quindi eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei predatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonchè garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del Trattato CE* [...] *La presente direttiva è volta a creare un quadro giuridico per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra Stati membri*". Con rifermento, poi, alla scelta del contraente cui affidare i servizi, viene richiamato l'art. 12 della Direttiva Bolkestein secondo cui "*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. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, 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*".

4. La disciplina italiana in materia di concessioni demaniali marittime.

La disciplina italiana richiamata come elemento di confronto con la disciplina eurounitaria in materia di libertà di stabilimento e affidamento delle concessioni di servizi trova il suo precipitato storico nell'art. 37 del Codice della Navigazione (R.D. n. 327/1942), secondo cui è necessaria una procedura di valutazione comparativa dei candidati in caso di rilascio della concessione soggetta alla presentazione di più domande sul medesimo bene demaniale. La norma, tuttavia, richiamava, sin dall'epoca, il principio di preferenza del titolare uscente della concessione in virtù del

ISSN 2036-7821

riconoscimento in favore dello stesso di un certo diritto di insistenza e/o al rinnovo[6]. Con l'entrata in vigore del D.L. 194/2009 è stata prevista una proroga dei termini di durata delle concessioni dei beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative in essere fino al 31.12.2015. Proroga, questa, estesa fino al 31.12.2020 dal D.L. n. 179/2012. Con la L. n. 145/2018, in ottica di decadenza del regime automatico delle proroghe, il legislatore italiano aveva imposto alle amministrazioni competenti l'espletamento di una serie di compiti: 1) la mappatura del litorale; 2) il censimento delle concessioni in essere; 3) il censimento delle diverse tipologie di strutture presenti sul demanio; 4) la ricognizione degli investimenti effettuati, dei tempi di ammortamento, dei canoni e della durata delle concessioni. La norma in questione, peraltro, individuava in massimo quindici anni, la durata delle concessioni demaniali marittime. Con l'ingresso della normativa emergenziale nel periodo pandemico ed, in particolare, a far data dall'entrata in vigore del D.L. n. 34/2020, è stata di fatto "bloccata" l'applicazione del diritto eurounitario (e del diritto nazionale ad esso conforme, v. Codice della navigazione) relativamente all'attivazione di procedure ad evidenza pubblica per la concessione delle suddette aree e l'adozione di provvedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili. Con la L. n. 118/2022, infine, le concessioni demaniali marittime hanno subito un'ultima proroga, fino al 31.12.2023 (prorogata fino al 31.12.2024 per fatti impeditivi alla realizzazione di procedure ad evidenza pubblica).

5. L'analisi comparata delle normative a confronto: prevalenza del diritto UE. Le questioni affrontate dalla Corte di Giustizia UE.

In primo luogo, la Corte di Giustizia affronta la problematica della portata applicativa della Direttiva Bolkestein in materia di libertà di stabilimento, addivenendo ad affermare che, secondo una interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica, le disposizioni in questione trovano applicazione non solo in caso di fattispecie aventi carattere transfrontaliero, ma anche a situazioni in cui gli elementi rilevanti si collochino tutti all'interno di un solo Stato membro.[7]

Ne consegue, dunque, la piena applicabilità della Direttiva Bolkestein al caso di specie. Con riferimento, poi, all'ambito applicativo della suddetta direttiva, la Corte richiama un suo precedente orientamento(ivi compresa la c.d. sentenza Promoimpresa) in virtù del quale ha ritenuto di dover valutare se le aree demaniali potessero essere oggetto di sfruttamento in virtù di una visione comunale e, dunque, locale e non nazionale. Per l'analisi di tale questione, con ribaltamento della tesi fino a quel momento sostenuta, la Corte parte dal presupposto che l'art. 12 della Direttiva

[6] Fino al 2006, peraltro, la normativa di settore concedeva la possibilità di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime di sei anni in sei anni;

[7] V., anche, sentenze del 30 gennaio 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, nonché del 22 settembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 e C-727/18, EU:C:2020:743, punto 56;

ISSN 2036-7821

Bolkestein si configura come una norma molto ampia che conferisce un certo margine di discrezionalità agli Stati membri nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali (ovvero, se a livello locale, se a livello centrale, ecc ecc). Tuttavia, la stessa ammette, ai fini della valutazione della scarsità delle risorse[8] e della pluralità di domande, la combinazione di un approccio generale ed astratto, a livello nazionale, ed un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del Comune interessato. Tanto sul presupposto che la normativa comunitaria conferisce al legislatore dell'UE una specifica competenza ad adottare misure volte al miglioramento del funzionamento del mercato interno e, conformemente alla massima secondo cui lex specialis derogat lex generali ed esistendo nel Trattato CE una disposizione più specifica in materia capace di fungere da base giuridica dell'atto di che trattasi, si imporrebbe al legislatore nazionale di fondare la propria disciplina interna su tale disposizione, di fatto, vincolandolo alla stessa[9].

6. L'interpretazione della Direttiva Bolkestein come direttiva self-executing.

Per la risoluzione della questione sottoposta alla Corte di Giustizia UE, la norma presa in considerazione è unicamente l'art. 12 della Direttiva n. 123/2006[10] avente ad oggetto l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali e il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività[11]. In particolare, la questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia UE concerneva l'interpretazione del suddetto articolo nella misura in cui lo stesso fosse da ritenersi sufficientemente preciso da essere considerato come una norma produttiva di immediati effetti diretti e, dunque, self-executing.

La Corte, prendendo ad esempio i molteplici casi già trattati in altre pronunce, è addivenuta ad affermare anche in tal sede che ogni qualvolta le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista contenutistico, incondizionate[12] e

[8] La scarsità delle risorse va valutata, secondo l'approccio della Corte di Giustizia UE, secondo criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati;

[9] Per tale motivo, peraltro, il legislatore comunitario ha privilegiato le disposizioni di cui all'art. 47, par. 2, prima e terza frase del Trattato CE e l'art. 55 del Trattato CE rispetto all'art. 94 del Trattato CE, pur richiamato dal giudice del rinvio a fondamento della tesi dallo stesso sostenuta;

[10] Per una interpretazione del significato e della portata applicativa della suddetta norma, v. Sentenza 14.07.2016 Promoimpresa e a., C-458/14 e C-67/2015);

[11] Oggetto della contesa giudiziaria era proprio la legge italiana che prescrivere una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime;

[12] La norma UE è incondizionata quando sancisce un obbligo non oggetto ad alcuna condizione, né subordinato all'emanazione di alcun atto interno dello Stato membro ulteriore rispetto a quello con cui viene recepita nel diritto nazionale per la sua osservanza e per l'esplicazione dei suoi effetti;

ISSN 2036-7821

sufficientemente precise[13], i privati possono farle valere direttamente dinanzi al giudice nazionale nei confronti di uno Stato membro, sia in caso di mancato recepimento, sia in caso di errato recepimento. In sostanza, viene riconosciuta dal giudice europeo un'azione diretta a tutela del cittadino in virtù del principio del primato del diritto UE ad applicazione diretta nell'ordinamento del singolo Stato membro, attribuendo di fatto a ciascun soggetto una nuova forma di tutela, anche a discapito della teoria dei c.d. controlimiti[14]. Principio, questo, che può trovare applicazione anche con riferimento a singole previsioni di una direttiva e non necessariamente all'intero atto normativo dell'UE (si pensi, ad esempio, ad una normativa UE che impone un obbligo di risultato preciso e incondizionato riguardo all'applicazione della normativa enunciata a ciascuno Stato membro). Ed anche se la Direttiva UE in questione concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'adozione dello strumento e delle modalità di recepimento ed attuazione della stessa, tale circostanza non incide affatto sul contenuto preciso ed incondizionato della normativa stessa con riferimento a quei dritti minimi ed alla tutela minima che, in ogni caso, deve essere applicata. Dopo aver posto un punto fermo sull'interpretazione generale della disciplina UE come sopra richiamata, la Corte di Giustizia sofferma la sua attenzione sull'art. 12, par. 1, della Direttiva Bolkestein (normativa interessata in materia di concessioni demaniali marittime) che troverebbe applicazione unicamente nel caso in cui la risorse delle concessioni marittime fossero da ritenersi scarse (ovvero, qualora il numero di autorizzazioni sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali e la domanda sia maggiore dell'offerta). Sul punto, specifica la Corte che con rifermento a tale norma ciascuno Stato membro ha soltanto un margine di discrezionalità in termini di adozione di disposizioni normative destinate a garantire concretamente l'imparzialità e la trasparenza di una procedura di selezione. Resta il fatto che ogni Stato membro deve prevedere una procedura di selezione ai fini dell'affidamento delle concessioni con la conseguenza, prescrivendo la Direttiva UE in modo incondizionato e sufficientemente preciso un contenuto minimo di tutela (ovvero, l'evidenza pubblica) a favore dei potenziali candidati. Tutela, questa, ulteriormente garantita dalla disposizione di cui all'art. 12, par. 2, della Direttiva di che trattasi, la quale impone il divieto di rinnovo automatico delle concessioni di occupazione ed il limite massimo di durata delle stesse. Il tutto, a garanzia della imparzialità e della concorrenza[15].

[13] La norma UE è sufficientemente precisa quando può essere invocata da un singolo cittadino ed applicata dal giudice nazionale a dispetto di qualsivoglia recepimento e di qualsivoglia normativa interna specialistica, stante la previsione d un obbligo in termini inequivocabili;

[14] V., sul punto, caso Becker, 1982; caso Pfeiffer, 2001; caso Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e a., 1994; Caso Bezirkshauptmannscharft Hartberg-Fustenfeld, 2022; caso Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe, 1967; caso Marshall, 1984; caso Faccini Dori, 1992; Caso Simap, 1998; Caso RTS infra e Aannemingsbedrijf 2019);

[15] Secondo la pronuncia, "*Tale disposizione ha effetto diretto in quanto vieta, in termini inequivocabili, agli Stati membri, senza che questi ultimi dispongano di un qualsivoglia margine di discrezionalità o possano subordinare tale divieto a*

ISSN 2036-7821

Il carattere vincolante della garanzia minima di cui alla Direttiva Bolkestein trova, peraltro, fondamento e conforto nel disposto di cui all'art. 288, terzo comma, TFUE secondo cui per esercitare le competenze dell'UE le Istituzioni sono tenuti ad adottare regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri, a nulla rilevando sul punto qualsivoglia comportamento riconducibile al ritardo nell'adozione di misure di attuazione della direttiva stessa e fermo restando, tuttavia, un obbligo di recepimento per ciascuno Stato membro, ivi compreso lo Stato italiano nel caso che ci occupa.

7. Gli effetti della portata applicativa diretta della Direttiva olkestein sul diritto nazionale: il ruolo dei poteri dello Stato italiano.

Ferma restando la diretta ed immediata applicabilità all'ordinamento italiano della norma di cui all'art. 12 della Direttiva Bolkestein in virtù di una sua natura precisa ed incondizionata, con efficacia self-executing, la Corte di Giustizia UE si sofferma su una ulteriore tematica scaturente da un quesito alla stessa posto: ovvero, se l'applicabilità diretta della normativa che impone l'adozione di procedure ad evidenza pubblica per l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime e che ne nega il rinnovo automatico imponga un obbligo di disapplicazione della normativa italiana contrastante soltanto ai giudici nazionali od anche alle autorità amministrative, ivi comprese quelle locali.

Ed anche con riferimento a tale quesito, che coinvolge una tematica importante per gli Enti Locali, quali sono le concessioni demaniali marittime, la Corte di Giustizia UE prescrive che, non soltanto i giudici, ma anche l'amministrazione (ivi compreso il Comune, direttamente interessato dalla problematica di che trattasi), è tenuto ad applicare in modo incondizionato e sufficientemente preciso la direttiva, disapplicando la norma nazionale non conforme alle disposizioni di cui al sopra citato art. 12. In sostanza, anche il Comune dovrà provvedere a disapplicare la normativa relativa alla proroga delle concessioni demaniali marittime fino al 31.12.2023 e provvedere ad avviare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni del demanio marittimo di sua titolarità[16]. L'assunto di cui sopra trova fondamento e conforto proprio nella circostanza che, con riferimento alla materia delle concessioni demaniali marittime, è l'amministrazione territoriale interessata alla sua concessione tenuta ad applicare la procedura selettiva dei

una qualsivoglia condizione e senza che sia necessaria l'adozione di un atto dell'Unione o degli Stati membri, di prevedere proroghe automatiche e generalizzate di siffatte concessioni";

[16] Sul punto, si richiama la sentenza Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15), secondo cui nessun rilievo, ai fini dell'applicabilità diretta della Direttiva Bolkestein, ha la previsione che la normativa che impone la sua efficacia soltanto con riferimento alle ipotesi di scarsità delle risorse naturali, né la previsione normativa che attribuisce al giudice nazionale il potere di verificare se il relativo requisito fosse soddisfatto o meno;

ISSN 2036-7821

candidati, garantendo tutte le condizioni previste della normativa comunitaria in materia.
Ulteriore quesito posto alla Corte di Giustizia UE nella pronuncia in commento concerne il destino delle opere inamovibili costruite dal concessionario uscente sul terreno affidatogli in concessione. Sul punto, la normativa nazionale prescrive che, alla scadenza della concessione, tali opere restino acquisite al concedente, senza alcun compenso o rimborso. Con riferimento alla richiesta, tuttavia, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto di non poter giudicare, in quanto la controversia posta alla sua attenzione concerne il procedimento di affidamento delle concessioni e non già il diritto, in capo al concessionario, di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili costruite su suolo pubblico, dichiarando pertanto irricevibile il quesito.
16 Sul punto, si richiama la sentenza Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15), secondo cui nessun rilievo, ai fini dell'applicabilità diretta della Direttiva Bolkestein, ha la previsione che la normativa che impone la sua efficacia soltanto con riferimento alle ipotesi di scarsità delle risorse naturali, né la previsione normativa che attribuisce al giudice nazionale il potere di verificare se il relativo requisito fosse soddisfatto o meno.

8. Conclusioni

Alla luce del percorso interpretativo svolto dalla Corte di Giustizia UE in materia di concessioni demaniali marittime, preme fare le dovute e necessarie osservazioni conclusive. Con il rinvio pregiudiziale formulato dal TAR Puglia con la pronuncia n. 743/2022 la quale poneva un problema di interpretazione della natura giuridica della Direttiva c.d. Bolkestein (Direttiva n. 123/2006), è stata posta all'attenzione della Corte di Giustizia UE la questione della diretta applicabilità della normativa europea in materia di concorrenza, anche oltre i limiti previsti dall'ordinamento di ogni singolo Stato membro. Il tutto, in contrasto con la prassi normativa italiana in materia di concessioni demaniali marittime che, fino alla pronuncia della Corte di Giustizia UE, consentiva la proroga "infinita" di tali concessioni a favore del concessionario uscente, con tutto quanto da tanto ne conseguiva in termini di violazione delle previsioni di par condicio, concorrenza ed eguaglianza tra i partecipanti all'evidenza pubblica e perdita di chance. Con riferimento specifico alla diretta applicazione della Direttiva c.d. Bolkestein in ciascuno Stato membro dell'UE, la Corte di Giustizia UE ha concentrato l'attenzione sul contrasto interpretativo relativo alla sua diretta efficacia, fino ad addivenire ad una soluzione univoca ed imposta a ciascuno Stato aderente. Se da un lato, infatti, secondo parte della giurisprudenza (maggioritaria), la Direttiva di che trattasi sarebbe da ritenersi direttamente applicabile al diritto interno con rifermento, in particolare, ai principi generali di cui essa è portatrice, con la

ISSN 2036-7821

conseguente disapplicazione di qualsivoglia previsione normativa con essi contrastante; altro orientamento (minoritario e, peraltro, sostenuto dai giudici del TAR Puglia nella pronuncia di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE) riteneva non direttamente applicabile il diritto comunitario al diritto interno ed, in particolare la Direttiva Bolkestein che, dunque, avrebbe necessitato di un atto di recepimento applicativo ai fini del suo ingresso fattuale nell'ordinamento italiano.

A tale contrasto interpretativo pone finalmente fine la pronuncia della Corte di Giustizia UE in commento, la quale esprime i seguenti principi di diritto: "*L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che: esso non si applica unicamente alle connessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo. L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione. Dall'esame della prima questione non è emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva 2006/123 alla luce dell'articolo 94 CE. L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che: l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonchè il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizione produttive di effetti diretti. L'articolo 288, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che: la valutazione dell'effetto diretto connesso all'obbligo e al divieto previsti dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 e l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudizi nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali*".

Da quanto sopra emerge chiaramente che il regime peculiare italiano della proroga "in(de)finita" delle concessioni demaniali marittime ha visto, finalmente, un definitivo tramonto, a vantaggio dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di concorrenza che impone l'adozione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, garantisce la par condicio e l'equilibrio del mercato e nel mercato di tutti i potenziali concessionari, impedendo il rinnovo automatico delle concessioni, nonchè prescrivendo - ai fini dell'ammortamento degli eventuali investimenti effettuati - una durata adeguata della concessione stessa.

9. I nuovi interrogativi e le questioni irrisolte.

La pronuncia della Corte di Giustizia UE si pone nel solco di decenni di incertezza ed elusione delle previsioni a tutela della concorrenza, a vantaggio di un sistema di

ISSN 2036-7821

proroghe, quasi a creare dei monopoli concessori, a favore dei soggetti originari assegnatari. Sistema, questo, ritenuto - fino a questo momento - come il modello ordinario di gestione del demanio marittimo, nonché strumento più efficace e meno dispendioso per gli enti territoriali competenti.

A far data dalla interpretazione della Direttiva c.d. Bolkestein di cui alla sentenza C-348/22 del 20.04.2023, le concessioni demaniali marittime entrano a pieno titolo nella necessaria ed integrale applicazione del principio di concorrenza, con tutto ciò che da tanto ne deriva. Tuttavia, proprio questa nuova veste delle concessioni demaniali marittime pone diversi interrogativi e questioni irrisolte, prima fra tutte la questione del trasferimento (in proprietà, in uso, o altro?) delle strutture inamovibili frutto degli investimenti "secolari" dei concessionari uscenti. Sul punto, si richiama l'art. 49 del Codice della navigazione (R.D. 327/1942 e ss.mm.ii.) secondo cui, salvo che nell'atto di concessione non venga stabilito diversamente, al momento della cessazione del rapporto, le opere inamovibili realizzate su area demaniale sono automaticamente devolute a titolo gratuito allo Stato, a meno che questi non decida di ordinarne la demolizione allo stesso concessionario uscente.

Ratio giuridica a fondamento di tale trasferimento si rinviene nell'assenza di una disciplina specifica relativa alla realizzazione di opere sul demanio marittimo, con la conseguenza che trova applicazione nel caso di specie il diritto di superficie ed il consequenziale acquisto della proprietà superficiaria a titolo originario da parte del concedente. Il trasferimento di tale proprietà superficaria dal concessionario al patrimonio statale al momento della cessazione della concessione si configura, dunque, come accessione ai sensi dell'art. 934 c.c. tranne che per la deroga relativa all'acquisizione gratuita dei beni[17], giustificata dalla lunga durata della concessione demaniale marittima che, di fatto, consentiva al concessionario un ammortamento degli investimenti effettuati e un effettivo guadagno[18]. Nell'attuale assetto normativo, tuttavia, se è pur vero che la norma sopra richiamata consente, in via del tutto residuale, alle parti della concessione di addivenire ad un accordo differente prevedendo un indennizzo per le opere inamovibili, è anche vero che una forma di "remunerazione" del privato concessionario la si configura all'atto della previsione della durata della concessione che, per sua natura, deve essere tale da essere remunerativa per il privato concessionario. Da quanto sopra emerge chiaramente, conformemente alla ratio giuridica a fondamento della concessione, che anche per le

[17] Nel caso dell'accessione, ai sensi dell'art. 936 c.c., qualora il concedente volesse acquisire le opere di titolarità del concessionario, deve pagare un indennizzo, pari al valore dei materiali ed alla mano d'opera, oppure, a sua scelta, all'aumento di valore recato al fondo;

[18] L'art. 49 del Codice della navigazione, in sostanza, introduce un regime derogatorio rispetto all'acquisizione gratuita delle opere inamovibili realizzate nel corso del rapporto concessorio, condizionandone tuttavia l'efficacia alla volontà esplicita delle parti le quali, in sede contrattuale, avrebbero potuto prevedere anche condizioni differenti. Si pensi, per esempio, al riconoscimento di un indennizzo teso a remunerare gli investimenti effettuati, comunque permanendo necessariamente l'effetto non derogabile del trasferimento di tali opere al concedente;

ISSN 2036-7821

concessioni demaniali marittime la redditività e remuneratività della concessione deriva dallo sfruttamento della concessione stessa (con addebito del rischio operativo in capo al concessionario), ovvero dallo sfruttamento della concessione accompagnata da un importo a titolo di prezzo.

Nihil sub sole novum. Con l'ampia portata dell'efficacia della pronuncia della Corte di Giustizia UE, tuttavia, si pone un altro grande interrogativo per l'Italia ed, in generale, per gli Stati membri: in che modo attivare le procedure ad evidenza pubblica? Già con la segnalazione ANAC n. 4 del 06.09.2022 si era posto l'accento sulla necessità di procedere ad una valutazione caso per caso al fine di individuare la normativa più idonea da applicare ai differenti affidamenti, tenendo conto in particolare dell'oggetto principale del contratto. La segnalazione si sofferma, in particolare, sulla distinzione tra concessione di beni demaniali e concessione di servizi e lavori pubblici, sui contratti misti di concessione, specificandone differenze, campo di applicazione e normativa applicabile. L'ANAC, nel richiamare l'applicazione del Codice dei Contratti Pubblica, specifica che le ipotesi in cui lo stesso è applicabile sono soltanto quelle relative ai contatti misti di concessione (ovvero, contratti di concessione di beni pubblici cui acceda un contratto di concessione di servizi e/o lavori pubblici).

Punto fermo relativamente a quanto sopra rimangono, comunque, i principi ispiratori dell'evidenza pubblica[19] nell'attribuzione delle concessioni demaniali marittime, come richiamati da ultimo dalla L. n. 118/2022, ovvero imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza ed adeguata pubblicità[20]. Sul punto, si richiama la pronuncia recente del Consiglio di Stato il quale ha dichiarato che "*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima di fornisce un'occasione di guadagno a soggetti opranti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione* [...] *allorquando non si tratti di acquisire un servizio e prevalga la sola concessione del bene pubblico in una tipica manifestazione di contratto attivo, il relativo affidamento avviene comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia imparzialità, parità di*

[19] Altrimenti, si incorrerebbe in una responsabilità erariale. V. Cons. Stato., sez. VII, 28.10.2022 n. 9328 secondo cui "*Nel caso in esame, l'Amministrazione non ha omesso di considerare l'incidenza dell'interesse economico del concessionario, essendosi premurata di ritenerlo non preminente rispetto a valutazioni di carattere erariale dipendenti proprio dai presunti vantaggi patrimoniali che la proroga della concessone avrebbe precluso qualora fosse stata consentita, ostando, infatti, all'applicazione dei maggiori canoni previsti per le pertinenze commerciali dalla Legge Finanziaria 2007 rispetto a quelli ancora applicabile all'entrata in vigore del D.P.R. n. 509/1997*";

[20] Con riferimento a quanto sopra, parte della dottrina e della giurisprudenza ammettono la previsione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, ispirata ai principi sopra richiamati, escludendo l'applicazione del Codice dei contratti pubblici nei casi in cui gli affidamenti abbiano ad oggetto contratti c.d. attivi, esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici;

ISSN 2036-7821

trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" (Cons. Stato, sez. VII, 28.10.2022 n. 9328)[21].

Con l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 36/2023), a far data dal 01.04.2023 ed efficace a far data dal 01.07.2023, mutano anche gli equilibri in materia di disciplina applicabile alle differenti ipotesi di concessioni demaniali marittime. Il nuovo codice appalti, infatti, ha un approccio innovativo e differente rispetto alla normativa ancora in vigore di cui al D.lgs. n. 50/2016, improntata alla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dell'appalto ed all'abbandono graduale delle Linee Guida ANAC come strumento-guida per le stazioni appaltanti, ponendo l'accento sui principi generali che ispirano l'applicazione dell'intera lettera codicistica. Il nuovo codice è ispirato alla "semplificazione" delle procedure ed alla velocizzazione degli affidamenti[22], nonché al riordino della disciplina previgente, risultata - per certi versi - confusionaria e poco chiara.

Novità molteplici sono state introdotte anche in materia di concessioni. Una fra tutte è la modifica relativa al contributo pubblico ai fini del raggiungimento e del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni, con la eliminazione del limite del 49% del contributo pubblico di cui all'art. 165, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, confermando invece il limite del rispetto delle decisioni Eurostat ai fini della contabilità pubblica. Con riferimento alla finanza di progetto è prevista, oggi, la possibilità per il soggetto privato di presentare all'Ente stazione appaltante proposte per la realizzazione d una concessione di lavori e/o servizi, sia in relazione a progetti già presenti negli strumenti di programmazione dell'Ente, sia per iniziative non presenti con la proposizione di differenti modalità di realizzazione, attribuendo alla Stazione appaltante il potere di sollecitare il privato a farsi promotore dei progetti di cui agli strumenti di programmazione.

Alla luce delle novità sopra richiamate, nonchè in considerazione di quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di applicabilità del Codice dei contratti, ferma restando la necessità di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime, si apre uno scenario del tutto nuovo ed inesplorato sia per gli operatori del settore, sia per le stazioni appaltanti ed, in particolare, per gli enti territoriali, i quali si troveranno nei prossimi mesi ad affrontare la problematica di quale procedura applicare ai fini dell'affidamento di tali

[21] La sentenza sopra citata concerne un provvedimento di diniego emesso da un Ente comunale con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali marittime, dichiarandone la legittimità in considerazione del fatto che l'art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 509/1997 consente all'Ente discrezionalmente (in virtù di una discrezionalità amministrativa) di accordare o meno la suddetta proroga. Tale interpretazione deriva, infatti, dalla interpretazione letterale della previsione normativa nella quale è contenuto il verbo "potere" in luogo del verbo "dovere" con rifermento alla necessità di proroga, da intendersi quale ipotesi del tutto eccezionale;

[22] Si pensi, fra tutte, alla riduzione prevista all'art. 41 del nuovo codice, dei livelli progettuali da tre a due: progetto di fattibilità tecnica ed economica e progetto esecutivo; ovvero, alla liberalizzazione dell'appalto integrato ai sensi dell'art. 44 del nuovo codice.

ISSN 2036-7821

concessioni, tenendo a mente che le procedure avviate prima del 01.07.2023 sono ancora soggette alla disciplina del codice di cui al D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., con tutto ciò che ne consegue con riferimento ad un quadro ancor più confusionario rispetto a quello precedente. In materia, sarebbe stata auspicabile un'applicazione normativa ad efficacia differita nel tempo, tuttavia sfociando nel muro dell'illegittimità delle proroghe.
Alea iacta est!

ISSN 2036-7821