

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1731 - COMUNE DI MASSA (MS) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

Roma, 19 marzo 2021

Comune di Massa

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha rilevato alcune criticità concorrenziali, non giustificate da esigenze di interesse generale, derivanti dagli atti amministrativi di codesto Comune (Delibera di Giunta n. 99 dell'8 giugno 2020, avente ad oggetto "*Esecuzione delle disposizioni della l. 145/2018 art. 1 commi 682,683 e 684. Atto di indirizzo*", e Determina Dirigenziale n. 346 del 27 luglio 2020, avente ad oggetto "*Esecuzione delle disposizioni della l. 145/2018. Estensione temporale delle concessioni demaniali marittime alla data del 31/12/2033*") relativi alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in essere. Pertanto, l'Autorità, nella sua adunanza del 16 marzo 2021, ha disposto, nell'esercizio dei propri poteri di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'invio a codesto Comune della presente segnalazione.

In particolare, mediante i suddetti atti amministrativi, il Comune di Massa ha disposto l'attivazione del procedimento amministrativo per l'estensione della durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base di quanto previsto dall'articolo 1, commi 682, 683 e 684, della Legge n. 145/2018 (che ha disposto un nuovo termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative alla data del 31 dicembre 2033), nonché dall'articolo 182, comma 2, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77 (nella parte in cui tali norme si riferiscono, confermandolo, al meccanismo di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime).

In linea generale, l'Autorità ricorda 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 ad evidenza pubblica¹.

¹ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza del 25 settembre 2009, n. 5765; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 18 novembre 2019, n. 7874. In tal senso si è espressa, di recente, anche l'ANAC con la delibera del 17 gennaio 2019, n. 25.

Al riguardo, si evidenzia che gli articoli 49 e 56 del TFUE impongono agli Stati Membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà. Secondo la Corte di Giustizia, una normativa nazionale che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative deve considerarsi in violazione di dette disposizioni².

Inoltre, la Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) prevede, all'articolo 12, 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), e che, in tali casi, *“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”* (par. 2).

Come noto, gli Stati Membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi eurounitari e, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della Direttiva citata, contrastando di riflesso con i principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento, se ne impone la relativa disapplicazione³. In tal senso, l'Autorità, in precedenti interventi di *advocacy*, si è più volte pronunciata sulla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni – tra cui quelle riguardanti i beni demaniali marittimi ed aventi finalità turistico-ricreative⁴ – mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica. In particolare, è stato osservato 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

² Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*

³ Si ricorda, infatti, che, secondo la consolidata giurisprudenza europea, tutte le amministrazioni nazionali, nell'esercizio delle loro funzioni, sono tenute ad applicare le disposizioni del diritto europeo, disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Cfr., *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nella causa 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, nonché nella causa C-224/97, *Ciola* e nella causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

In tal senso, la Corte di Giustizia ha ribadito, da ultimo nella sentenza del 4 dicembre 2018, caso C-378/17, che *“il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato Membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione”* (par. 39), e ricorda che l'obbligo di disapplicare riguarda anche *“tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze, il diritto dell'Unione”* (par. 38). In proposito si vedano altresì, *ex multis*, le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nella causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, nella causa C-119/05, *Lucchini*, nella causa C-614/14, *Ognyanov* e nelle cause riunite C-52/16 e C-113/16, *«SEGRO» Kft.*

⁴ Cfr., *ex multis*, AS1719 - *Comune di Castellabate (SA) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative del 1° dicembre 2020*, in Bollettino n. 9/2021; AS1714 - *Comune di Latina/Estensione della durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative del 1° dicembre 2020*, in Bollettino n. 1/2021; AS1712 - *Comune di Castiglione della Pescaia (GR) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative del 1° dicembre 2020*, in Bollettino n. 50/2020; AS1701 - *Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative del 28 luglio 2020*, in Bollettino n. 41/2020. Cfr. altresì AS1550 - *Concessioni e criticità concorrenziali del 12 dicembre 2018*, in Bollettino n. 48/2018.

mediante procedure di gara trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario⁵.

Con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere⁶, l'Autorità ha più volte sottolineato⁷ 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.

La concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. 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.

Tali principi sono stati di recente confermati dal TAR Toscana che, con sentenza dell'8 marzo 2021, n. 363, ha integralmente accolto il ricorso *ex art. 21-bis* l. n. 287/90 con cui la scrivente Autorità ha impugnato un provvedimento di tenore analogo a quello qui in esame (emesso da altra Amministrazione comunale), riconoscendo la piena legittimità dell'intervento dell'Autorità, nell'esercizio dei poteri ad essa conferiti dalla disposizione sopra citata, in materia di proroga automatica, senza gara, di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa⁸.

Di conseguenza, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, codesto Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento dei citati atti amministrativi per contrasto

⁵ Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato un disallineamento tra la normativa nazionale che dispone la proroga delle concessioni e la normativa eurounitaria, evidenziando la necessità per le Amministrazioni Pubbliche di disapplicare la normativa nazionale in modo da garantire che la selezione degli operatori economici interessati avvenga in ogni caso tutelando la concorrenza, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza. In proposito, *ex multis*, cfr. TAR Veneto, sentenza n. 218/2020, TAR Puglia, sentenza n. 36/2020, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7874/2019 e, da ultimo, TAR Toscana, sentenza n. 363/2021 proprio sul tema della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere.

⁶ Si ricorda, inoltre, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nello stabilire che l'affidamento delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, che riguardano risorse naturali scarse, debba necessariamente realizzarsi attraverso una procedura di selezione tra candidati potenziali nel rispetto di tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonché di adeguata pubblicità, ha posto in rilievo che una normativa nazionale che preveda una proroga *ex lege* della data di scadenza di tali concessioni equivale a un rinnovo automatico in contrasto con il dettato dell'articolo 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE. Cfr. CGUE, Sez. V, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit..

⁷ Cfr. la segnalazione resa dall'Autorità in data 1° luglio 2020, ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/1990, AS1684 – *Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio*, in Bollettino n. 28/2020. Si vedano, inoltre, le segnalazioni AS135 – *Proroghe delle concessioni autostradali*, in Bollettino n. 19/98; AS491 – *Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo*, in Bollettino n. 46/2008; AS1114 – *Regime concessorio presente nel porto di Livorno*, in Bollettino n. 12/2014; AS1137 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, in Bollettino n. 27/2014.

⁸ In particolare, il TAR Toscana ha annullato la Determina Dirigenziale del Comune di Piombino del 21 maggio 2020, n. 408, oggetto di parere motivato dell'Autorità, adottato ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (AS1701 – *Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative* del 28 luglio 2020, in Bollettino n. 41/2020), con la quale l'ente locale ha avviato la procedura per la proroga delle concessioni demaniali marittime insistenti sul territorio comunale senza dar corso alla procedura comparativa prevista dall'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE. In tale pronuncia, il giudice amministrativo ha espressamente affermato che il Comune avrebbe dovuto disapplicare le disposizioni di legge che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali per contrasto delle stesse con la normativa eurounitaria di cui all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE ed espletare procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei nuovi concessionari, una volta scadute le concessioni in essere.

della stessa con i principi e con la disciplina eurounitaria sopra richiamata. Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute nei provvedimenti amministrativi in parola integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali, nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di 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.

In conclusione, gli atti amministrativi comunali in questione si pongono in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto sono suscettibili di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative eurounitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della cosiddetta Direttiva Servizi.

L'Autorità auspica, pertanto, che codesto Comune modifichi le disposizioni indicate, eliminando le distorsioni concorrenziali evidenziate, come sopra precisato.

L'Autorità invita, altresì, codesto Comune a comunicare, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della presente segnalazione, le determinazioni assunte riguardo alle criticità concorrenziali sopra evidenziate.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli
