

28 DICEMBRE 2016

Il regime giuridico delle concessioni
demaniali marittime tra vincoli U.E. ed
esigenze di tutela dell'affidamento

di **Cristiana Benetazzo**

Ricercatrice confermata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento^{*}

di **Cristiana Benetazzo**

Ricercatrice confermata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

Sommario: 1. Introduzione al tema: le incertezze ingenerate dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E., sez. V, 14 luglio 2016, cause C-458 e C-67/15 e la necessità di verificare il grado di adeguamento del nostro sistema amministrativo ai principi U.E. in materia di concessioni demaniali con finalità turistico – ricreative. – 2. Le differenze tra concessione ed appalto: dalla distinzione qualitativa in termini di strumentalità (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 163/2006) alla autonoma definizione del contratto di concessione, fondato sul trasferimento, in capo al concessionario, del «rischio operativo». – 3. L'applicabilità dei principi di evidenza pubblica alle concessioni di beni, indipendentemente dal *nomen* della fattispecie e, quindi, dalla sua riqualificazione interna in termini pubblicitici o privatistici: la giurisprudenza “Teleaustria” e la posizione della Commissione europea in favore della massima valorizzazione del “diritto alla trasparenza”. – 4. Adesione della nostra giurisprudenza amministrativa agli orientamenti del giudice dell’U.E.: il c.d. “vantaggio competitivo” come presupposto sufficiente per l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica al procedimento di selezione del concessionario. – 5. La posizione dell’AGCM in merito alle criticità della nostra disciplina interna: il “diritto di insistenza” e le previsioni che hanno disposto una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 31 dicembre 2020 (art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010). La procedura di infrazione subita dall’Italia nel 2008. – 6. La presa di posizione della Corte costituzionale in favore del rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l’effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti (i casi delle leggi regionali Emilia Romagna, Toscana, Marche, Veneto e Abruzzo): conformità di tale orientamento all’art. 12 della direttiva “*Bolkestein*” nonché alle nuove disposizioni della direttiva 2014/23/UE sul divieto di proroga della durata della concessione. – 7. Le questioni pregiudiziali sollevate dalla sentenza Tar Lombardia, 24 settembre 2014, n. 2401 e dall’ordinanza Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4102 in ordine alla legittimità dell’art. 1, comma 18, l. n. 25/2010 sulla proroga delle concessioni demaniali marittime. – 8. I principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E., 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15: l'applicabilità dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE anche alle concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale con finalità turistico-ricreative; il contrasto con la suddetta disposizione delle norme italiane che prevedono la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali in essere. – 9. Segue: Il principio giurisprudenziale secondo cui il ricorso al diritto primario (Trattato FUE) ed alla successiva interpretazione si pone come eventuale, ovvero solo nel caso in cui la disciplina di cui alla direttiva 2006/123/CE non sia applicabile alla singola fattispecie (c.d. “armonizzazione”). Parziali aperture in favore dell’autonomia dei singoli Stati membri: l’affermazione secondo cui l’affidamento di una concessione in assenza di una «procedura trasparente di gara» costituisce disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate alla medesima concessione, solo qualora siffatta concessione presenti un «interesse transfrontaliero certo». – 10. L’esigenza di una riforma organica della legislazione in materia alla luce della recente giurisprudenza europea. Alcune prospettive di soluzione in rapporto alla normativa interna: l’individuazione di un parametro di riferimento cui collegare il grado di affidamento del privato e di cui tenere conto in sede di comparazione delle offerte; la necessità di computare il valore degli investimenti effettuati nell’importo a base d’asta come rimedio alla eccessiva durata delle concessioni. L’orientamento che trae conferma dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui gli obblighi di trasparenza imposti dal diritto U.E. si applicherebbero solo nel caso in cui la concessione demaniale rivesta un interesse transfrontaliero certo. – 11. Alla ricerca di un utile parametro di raffronto nella direzione di una maggiore “apertura” all’autonomia nazionale quanto alle procedure di scelta del concessionario. Il modello portoghese: la non vincolatività del principio di gara e l’ampia discrezionalità della p.A. in ordine alla durata della concessione; i dubbi di compatibilità della previsione sul diritto di prelazione del concessionario “uscente” con i principi dell’U.E. posti a

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

tutela della concorrenza. – **12.** Segue: Il sistema spagnolo di gestione del demanio marittimo previsto dalla *Ley de Costas*: la procedura competitiva come modello alternativo all'affidamento diretto senza gara e l'ampia durata dei rapporti concessori in funzione dell'uso sul bene. L'ipotesi di un sistema a "doppio binario", che contempli una proroga delle concessioni demaniali in essere, accompagnata dalla messa all'asta delle sole spiagge non assegnate e la sua difficile applicazione in Italia. Necessità di un "bilanciamento" tra principi della concorrenza ed esigenze di tutela dei regimi di proprietà degli Stati membri dell'U.E.

1. Introduzione al tema: le incertezze ingenerate dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E., sez. V, 14 luglio 2016, cause C-458 e C-67/15 e la necessità di verificare il grado di adeguamento del nostro sistema amministrativo ai principi U.E. in materia di concessioni demaniali con finalità turistico – ricreative.

Il tema del rapporto tra concessioni di beni pubblici ⁽¹⁾ e tutela della concorrenza costituisce indubbiamente una delle possibili declinazioni del più ampio e complesso rapporto tra affidamento e certezza nel diritto ⁽²⁾, perlomeno secondo una certa prospettiva di analisi: ci si riferisce alla necessità di

⁽¹⁾ Sui mutamenti socio-economici e normativi che hanno condizionato l'evoluzione della disciplina del demanio marittimo nonché, più in generale, sul regime giuridico applicabile ai beni pubblici, possono ricordarsi, senza pretesa di completezza: A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 755 ss.; S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; F. DI RIENZO, *I beni pubblici*, Milano, 1978; N. GRECO – B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; ID., voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 273 ss.; ID., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, Milano, 1989; V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 304 ss.; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990, 2 ss.; M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 65 ss.; ID., *I beni pubblici per destinazione*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1997, 629 ss.; C. ANGELONE – G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999, spec. 51 ss.; S. AVANZI, *Il nuovo demanio*, Padova, 2000; C. ANGELONE, *Le nuove funzioni del comune sul demanio marittimo e nel mare territoriale: modalità di esercizio e profili applicativi*, in AA.VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, 2002, 21 ss. e, nello stesso volume, F.G. COCA, *Relazione introduttiva*, 15 ss.; G. DELLA CANANEA, *I beni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 171 ss. nonché in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005, 135 ss.; A. CLARONI, *Incidenza delle proprietà dei beni del demanio marittimo sulla determinazione e riscossione dei relativi canoni di concessione*, in *Dir. traspr.*, 2005, 610 ss.; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, 2004, II, 365 ss. e, dello stesso Autore, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004; ID., *Beni pubblici* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 714 ss.; ID., *La tutela dei beni pubblici*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 81 ss. nonché in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2008, 396 ss.; ID., *I beni pubblici*, in F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2010, 188 ss.; A. CROSETTI, *Dalla «proprietà pubblica» alle «proprietà pubbliche». Origini e sviluppo di una teoria*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXXIX, 2006, 63 ss.; F. MANGANARO, *Il porto da «bene demaniale» ad «azienda»*, in A. POLICE (a cura di) *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 247 ss.; S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, in A. POLICE (a cura di), *op. cit.*, 266 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.- TAR*, 2009, 787 ss. Con riferimento al demanio idrico, cfr., *ex multis*, L. IANNOTTA, *Acque pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, I, 43 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 16-17; N. LUGARESI, *Le acque pubbliche*, Milano, 1995; P. URBANI, *La disciplina delle acque dopo le recenti riforme amministrative*, in *Atti conv. italo-spagnolo*, Bari-Lecce, 1998.

⁽²⁾ Il tema è stato oggetto del Convegno di Studi «Affidamento e certezza del diritto: dialoghi tra dottrine e giurisprudenze», tenutosi presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova, nei giorni 23 e 24 giugno 2016, nell'ambito

verificare se la p.A., nella scelta del contraente/concessionario, abbia l'obbligo di adottare delle procedure di selezione ispirate ai principi di trasparenza ed imparzialità prescritti in ambito europeo o se, invece, gli obblighi derivanti dal diritto dell'U.E. siano "recessivi" di fronte alle esigenze di tutela dell'affidamento del privato ⁽³⁾.

Si tratta di un tema particolarmente attuale e delicato, non solo per i rilevanti interessi economici coinvolti ⁽⁴⁾, ma soprattutto per le possibili ripercussioni della recente sentenza della Corte di Giustizia U.E., [sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*](#) ⁽⁵⁾ che ha "bocciato" la proroga delle concessioni demaniali marittime al 2020, prevista dal Governo nel 2012 (con il d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25), contestualmente all'assunzione dell'impegno a riordinare la materia: riordino che, come si vedrà *infra*, non è, però, ancora intervenuto ⁽⁶⁾.

In proposito, recentemente uno studioso ha parlato di «*sindrome di Lock Ness*» ⁽⁷⁾ dal nome del noto lago scozzese, dove il racconto vuole che si nasconda un mostro dalle sembianze preistoriche che, di tanto in tanto, riaffiora dalle acque; a testimonianza che la materia delle concessioni balneari è caratterizzata da un'alternanza di situazioni di placida calma seguite da periodi di allarmata tensione, che in breve tempo si riducono ad un nuovo periodo di serena calma.

Il presente contributo si pone, quindi, l'obiettivo di verificare il modello fin qui adottato dal nostro ordinamento con riferimento all'istituto della concessione demaniale, con finalità turistico – ricreative, al fine di comprendere il grado di adeguamento del nostro sistema amministrativo ai principi imposti dal diritto U.E., in specie relativamente alla tutela della concorrenza ed alla parità di trattamento tra operatori del settore; senza trascurare alcuni modelli stranieri (come ad, es., il modello portoghese o quello spagnolo), che – nell'attuale fase di incertezza – potrebbero fornire proficui suggerimenti al legislatore nazionale in merito alle modifiche da introdurre nel nostro sistema, al fine di renderlo maggiormente funzionale ad una efficace gestione del demanio marittimo ⁽⁸⁾.

del quale si è presentata una relazione intitolata «*Le concessioni di beni pubblici tra concorrenza e tutela dell'affidamento*», dalla quale è stato tratto il presente contributo.

⁽³⁾ Un diverso problema attiene alla compatibilità tra l'uso collettivo e l'uso individuale del bene, su cui si rinvia a M. RENNA, *Beni pubblici* (voce), cit., 717, il quale sottolinea che «*soltanto le norme di settore possono prevedere la costituzione di diritti a favore di terzi sui beni demaniali, stabilendone "modi" e "limiti"*», aggiungendo che «*queste norme, salvo rare eccezioni, non consentono alle amministrazioni di ricorrere a strumenti privatistici (...) ma le vincolano all'utilizzo di provvedimenti amministrativi, segnatamente di provvedimenti concessori*».

⁽⁴⁾ Si consideri che in Italia operano nel settore circa 30.000 imprese su 7.458 km di coste. Se al comparto turistico-ricreativo si aggiunge il settore relativo alla nautica da diporto, l'industria del mare, nel suo complesso, conta 185 mila imprese e 835 mila occupati (stando ai dati riferiti al 2015).

⁽⁵⁾ In *Guida al dir.*, 2016, fasc. n. 33, 14, con nota di L.S. ROSSI.

⁽⁶⁾ V., in particolare, i §§ 5 e 6.

⁽⁷⁾ Ci si riferisce a G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Lock Ness*, in www.giustamm.it, n. 10/2015.

⁽⁸⁾ Su tali profili cfr. N. GRECO – P. BIONDINI, *La gestione integrata delle coste secondo l'esperienza dell'Unione europea: interessi, risorse naturali, regolazione, sostenibilità ambientale*, in N. GRECO (a cura di), *Le risorse del mare e delle coste*.

2. Le differenze tra concessione ed appalto: dalla distinzione qualitativa in termini di strumentalità (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 163/2006) alla autonoma definizione del contratto di concessione, fondato sul trasferimento, in capo al concessionario, del «rischio operativo».

In proposito, data la complessità del quadro giuridico di riferimento, spesso caratterizzato da una “stratificazione” e “sovrapposizione” delle fonti, si ritiene opportuno partire da un’analisi dei tratti distintivi della nozione di concessione rispetto a quella di appalto, per lungo tempo, priva di necessaria copertura legislativa, nel nostro ordinamento.

La mancanza di una puntuale definizione di concessione e di una chiara linea di demarcazione tra il contratto di appalto e il contratto di concessione, ha prodotto un notevole contenzioso avanti alla Corte di Giustizia U.E. ⁽⁹⁾ nonché presso il giudice nazionale ⁽¹⁰⁾. Ed anche l’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC - già AVCP), a seguito di diversi esposti sulle procedure di gara, è stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla preliminare questione della corretta configurazione giuridica del rapporto negoziale ⁽¹¹⁾, al di là del *nomen iuris* dato dalla stazione appaltante ⁽¹²⁾.

Ordinamento, amministrazione e gestione integrata, 2010, 57 ss.; F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it nonché in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Bologna, 2011, ove il tema è affrontato in chiave comparata con analisi relative ai sistemi francesi, spagnolo, portoghese e croato, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁽⁹⁾ Di tali incertezze operative dà espressamente conto il 18° Considerando della direttiva 2014/23/UE, ove si afferma: «Le difficoltà legate all’interpretazione dei concetti di “contratto di concessione” e di “appalto pubblico” hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea».

⁽¹⁰⁾ Secondo l’orientamento giurisprudenziale nazionale, antecedente all’entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE, l’elemento identificativo discriminante andava ravvisato nella circostanza che, mentre nell’appalto di servizi le prestazioni sono rese in favore dell’Amministrazione, nella concessione di servizi s’instaura un rapporto trilaterale, tra l’Amministrazione, il concessionario e gli utenti. In particolare, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell’appalto di servizi spetta all’Amministrazione compensare *in toto* l’attività svolta dal privato (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm.* – CDS, 2013, 1176, ma già in tal senso: Id., sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270, *ivi*, 2007, 2235; Id., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1623, *ivi*, 2009, 746; Tar Liguria, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 52).

⁽¹¹⁾ Del resto, tra i compiti svolti dall’Autorità vi è quello di accrescere la chiarezza delle regole che sovrintendono al mercato dei contratti pubblici; cfr., in tal senso, ad es., Tar Lazio, sez. II, 18 giugno 2013, n. 6094, in *Foro amm.* – TAR, 2013, 1928.

⁽¹²⁾ Sulla distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi, cfr., in particolare, la Deliberazione AVCP n. 47 del 4 maggio 2011 – rif. VISF/GE/10/67664, in www.anticorruzione.it, ove si osserva, in particolare, «che rispetto all’orientamento giurisprudenziale [nazionale], la Corte Europea e la giurisprudenza comunitaria (cfr. ex multis la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH) riconoscono generalmente il suddetto discrimen anche nel “fattore rischio” connesso all’incertezza del ritorno economico dell’attività, che nella concessione grava sul soggetto concessionario a fronte della richiesta di un prezzo all’utenza (cfr. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE del 29.04.2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944 rubricata “Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori”)», chiarendo, altresì, con riferimento all’assunzione dell’alea da parte dell’affidatario, che «[...] per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l’amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o almeno significativo al concessionario [...]» (CGE sent. del 10.09.2009, n. C-206/2008). In senso analogo v. anche la Deliberazione AVCP n. 22 dell’8 maggio 2013, in www.anticorruzione.it. Tale orientamento del giudice U.E. è oggi recepito anche dal giudice nazionale: cfr., ad es., Tar Liguria, Genova, sez. II, 3 settembre 2012, n. 1157, in *Foro*

La questione non era di poco conto, sul piano pratico - operativo, atteso che il Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) prevedeva per la concessione di servizi una scarsa disciplina normativa ⁽¹³⁾, mentre la concessione di lavori era soggetta a puntuali prescrizioni dello stesso Codice.

Stabilire, infatti, se la gara contestata avesse per oggetto l'affidamento di un contratto di «*appalto di servizi*» o di «*concessione di servizi*» significava stabilire se lo stesso affidamento dovesse essere soggetto «*in toto*» alle prescrizioni del Codice o “semplicemente” conformarsi ai principi in materia di contrattualistica pubblica (e un problema analogo si poneva per quelle figure “miste” di appalto di lavori e concessione di servizi).

In mancanza di un'espressa disciplina, il criterio distintivo affermatosi in ambito comunitario era di carattere qualitativo: si riteneva, cioè applicabile l'intera disciplina del Codice laddove l'oggetto principale del contratto riguardasse la costruzione di un'opera o l'esecuzione e realizzazione di lavori (e la fornitura del servizio avesse un carattere accessorio e marginale) ⁽¹⁴⁾; criterio richiamato dallo stesso art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, in tema di contratti misti (secondo cui «*l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che*

amm.- TAR, 2012, 2701; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 11 luglio 2016, n. 258 e Tar Liguria, Genova, sez. II, 19 novembre 2014, n. 1673, entrambe reperibili in www.giustizia-amministrativa.it; ritiene applicabili entrambi i criteri (differenti destinatario della prestazione e diversa allocazione del rischio di gestione del servizio) Tar Piemonte, Torino, sez. I, 19 dicembre 2012, n. 1365, in *Foro amm.*- TAR 2012, 12, 3757. Analogamente v. anche Cass. civ., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12252, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1179; Id., sez. VI, 6 maggio 2015, n. 9139, in *Foro it.*, 2016, I, 995; Id., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24824, in *Foro amm.*, 2016, 11.

⁽¹³⁾ L'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, stabiliva che «*Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare*».

⁽¹⁴⁾ In particolare, la Commissione europea, nella comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, C 121/3 (su cui *infra*, § 3), ha osservato che «*occorre innanzitutto stabilire se l'oggetto principale del contratto di concessione riguardi la costruzione di un'opera o l'esecuzione e realizzazione di lavori per conto del concedente oppure se, al contrario, tali lavori o la costruzione di tale opera siano meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto*». Quel che conta, come ricordato anche dai giudici europei, è, insomma, «*l'oggetto principale del contratto*»; v., in tal senso, Corte giust. U.E., 26 maggio 2011, causa C-306/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, con nota di A. BROWN, *The application of the EU procurement rules to land regeneration projects: further clarification from the Court of Justice in Commission v Spain (C-306/08) concerning Valencian land-use regulations*, in *Publ. Proc. Law Rev.*, 2011, 5, NA185. Su tale criterio, di non sempre immediata applicazione, cfr. F. GOISIS, *La concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche* (§ 1.7. *Concessione di lavori e concessione di servizi: una distinzione qualitativa in termini di strumentalità*), in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Lavis (TN), 2014, 1737. Sulla distinzione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi cfr., inoltre, Corte giust. U.E., 15 ottobre 2009, causa C-196/08, *Acoset SpA*, punto 45, in <http://curia.europa.eu>.

costituiscono l'oggetto principale del contratto»⁽¹⁵⁾; ed oggi ripreso anche dall'art. 170 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che fa riferimento al «valore stimato più elevato».

La recente direttiva europea 2014/23/UE sull'aggiudicazione delle concessioni, recepita con il nuovo Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), supera le suddette carenze definitorie e regolatorie⁽¹⁶⁾.

Per la prima volta, infatti, anche le concessioni di servizi sono oggetto di una corposa e articolata disciplina, in linea con quella vigente per gli affidamenti relativi ai settori ordinari, a beneficio di un minor contenzioso, di una maggiore concorrenzialità, di una maggiore qualità dei servizi fruiti dalla collettività e di minori costi per la p.A.⁽¹⁷⁾.

La direttiva ha, inoltre, definito in modo puntuale, senza più dunque inintelligibili rimandi alla definizione di “appalto”⁽¹⁸⁾, la concessione di lavori e la concessione di servizi, fornendo così una più chiara risposta ad un controverso punto di domanda: la distinzione tra appalto e concessione⁽¹⁹⁾. La novità più rilevante, sotto tale profilo, concerne «la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione, in altre parole quale sia il contenuto necessario di un contratto di concessione: i.e. il trasferimento al

⁽¹⁵⁾ Cfr. anche il comma 2, che ricomprende espressamente, tra i contratti misti, le concessioni di lavori.

⁽¹⁶⁾ Per un'ampia rassegna dei lavori e dei documenti preparatori della nuova Direttiva può vedersi il volume *Negoziazioni Pubbliche - scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, 2013, con contributi di E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, S. LEVSTIK, *La proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, B. RAGANELLI, *Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, E. D'ALEO, *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*. In argomento, cfr., altresì, l'intervento di E. PICOZZA, *Le proposte nazionali all'UE di direttive in materia di appalti e concessioni e l'attuale Progetto europeo*, al Seminario “Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie”, tenutosi presso la Camera dei Deputati, Roma, il 15 novembre 2013; e quello di C. RANGONE, *La proposta di direttiva concessioni: un passo in avanti, ma insufficiente*, al Convegno IGI, Nuovi scenari comunitari: direttive-appalti e meccanismi di finanziamento innovativi, tenutosi a Roma il 22 marzo 2012.

⁽¹⁷⁾ V. la specifica disciplina di cui agli artt. 164 ss. del nuovo Codice dei contratti pubblici.

⁽¹⁸⁾ NELLA DIRETTIVA 2004/18/CE SETTORI ORDINARI, LE CONCESSIONI DI LAVORI E LE CONCESSIONI DI SERVIZI SONO DEFINITE CON DEI RIMANDI ALLA DEFINIZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO, SEGNOTAMENTE, COME CONTRATTI CHE PRESENTANO LE STESSS CARATTERISTICHE DI UN APPALTO PUBBLICO DI LAVORI (DI UN APPALTO PUBBLICO DI SERVIZI) AD ECCEZIONE DEL FATTO CHE IL CORRISPETTIVO DEI LAVORI (DEI SERVIZI), CONSISTE UNICAMENTE NEL DIRITTO DI GESTIRE L'OPERA (I SERVIZI) O IN TALE DIRITTO ACCOMPAGNATO DA UN PREZZO; V. ANCHE L'ART. 3, CO. 12 E L'ART. 30, CO. 2, D.LGS. N. 163/2006.

⁽¹⁹⁾ Cfr., in particolare, l'11° Considerando della direttiva 2016/23/UE, ove si afferma: «Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori». Dunque, come già previsto nella direttiva appalti - settori ordinari e nel Codice, e come indicato dalla Autorità, appare evidente che la principale caratteristica – ed elemento di differenziazione rispetto all'appalto – di una concessione è il diritto di gestire i lavori o i servizi.

concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi» ⁽²⁰⁾. Tale principio è puntualmente recepiti dal nuovo Codice dei contratti pubblici: in particolare, l'art. 3, comma 1, lett. *uu*), definisce la concessione di lavori come «*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere*»; mentre la successiva lett. *vv*) definisce autonomamente la concessione di servizi come «*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*» ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ COSÌ M. Ricchi, *LA NUOVA DIRETTIVA COMUNITARIA SULLE CONCESSIONI E L'IMPATTO SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI*, IN *URB. APP.*, 2014, 741 SS., IL QUALE RICORDA COME LA NOZIONE DI "RISCHIO OPERATIVO" NON FOSSE IGNOTA AL NOSTRO ORDINAMENTO: GIÀ L'ART. 143, COMMA 9, D.LGS. N. 163/2006, INDICAVA LA NECESSITÀ NELLE CONCESSIONI DESTINATE ALLA UTILIZZAZIONE DIRETTA DELLA P.A. - CD. FREDDI IN CUI IL MAIN PAYER SIA LA P.A. CON IL PAGAMENTO DI UN CANONE PERIODICO ALL'AFFIDATARIO - DI MANTENERE A CARICO DEL CONCESSIONARIO «L'ALEA ECONOMICO-FINANZIARIA DELLA GESTIONE DELL'OPERA». IN DOTTRINA, SU TALI PROFILI, CFR. G.F. Cartei, *INTERESSE PUBBLICO E RISCHIO: IL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO NELLA FINANZA DI PROGETTO*, IN G.F. Cartei e M. Ricchi (A CURA DI), *FINANZA DI PROGETTO - TEMI E PROSPETTIVE*, NAPOLI, 2010, 3 SS.; S. Fantini, *IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL PROJECT FINANCING ED AL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ*, IN WWW.GIUSTIZIA-AMMINISTRATIVA.IT; C. Giorgiantonio, V. Giovanniello, *INFRASTRUTTURE E PROJECT FINANCING IN ITALIA: IL RUOLO (POSSIBILE) DELLA REGOLAMENTAZIONE*, OCCASIONAL PAPER, *QUESTIONI DI ECONOMIA E FINANZA, BANCA D'ITALIA*, NOVEMBRE 2009. SULLA NOZIONE DI "RISCHIO OPERATIVO" NELLA NUOVA DIRETTIVA 2014/23/UE V., INOLTRE, M.G. Greco, *CHIARIMENTI SULL'ISTITUTO GIURIDICO DI CONCESSIONE NELLA DIRETTIVA 2014/23/UE. IL RISCHIO "OPERATIVO" NEL RAPPORTO CONCESSORIO*, IN WWW.LINEEAVCP.IT.

⁽²¹⁾ Secondo la Commissione europea, tale rischio, tuttavia, non è identificabile in astratto. Occorre guardare all'operazione in concreto realizzata, e, in specie, all'allocatione del rischio di domanda dell'opera da parte degli utenti: cfr. *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, Brussels, 7.12.2010, SEC(2010) 1545 final, 75-76. Nello stesso senso v. la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PPPI), 2008/C 91/02. Sulla posizione della Commissione europea in merito alla distinzione tra appalto e concessione, cfr. F. GOISIS, *La concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche* (§ 1.3.2 *La distinzione nei documenti interpretativi comunitari*), cit., 1702-1704. Cfr., inoltre, al riguardo, lo studio commissionato dal Parlamento europeo nel 2010, ove, si evidenziano le criticità emerse al riguardo e le difficoltà interpretative della Corte di Giustizia e della stessa Commissione (Rösenkotter – Seidler – Wuersig, *Concessions, paper requested by European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, Policy Department A: Economic and Scientific Policies*, IP/A/IMCO/NT/2009-12, in www.europarl.europa.eu).

3. L'applicabilità dei principi di evidenza pubblica alle concessioni di beni, indipendentemente dal *nomen* della fattispecie e, quindi, dalla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici: la giurisprudenza “Teleaustria” e la posizione della Commissione europea in favore della massima valorizzazione del “diritto alla trasparenza”.

Se, per certi versi, le nuove disposizioni di derivazione comunitaria sembrano risolvere alcuni problemi applicativi in ordine alle concessioni di servizi pubblici, permangono – a tutt’oggi – notevoli incertezze per quanto riguarda il regime delle concessioni demaniali per lo svolgimento di attività economiche connesse all’uso di beni pubblici, come, ad es., le concessioni demaniali marittime per la “gestione di stabilimenti balneari” (*ex art. 1, l. n. 494/1993*), che rivestono un’importanza fondamentale per le economie di molte Regioni italiane ⁽²²⁾.

Queste ultime parrebbero, invero, sottratte dall’ambito di applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), venendo piuttosto assimilate alle locazioni di beni immobili; ciò che risulta confermato anche dalla recente direttiva comunitaria n. 23/2014 (v. 15° “considerando”), ove si legge: *«taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva»* ⁽²³⁾. E, ancora più chiaramente, l’art. 17 del nuovo Codice afferma: *«Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: a) aventi ad oggetto l’acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni»*.

Il Codice ribadisce, però, all’art. 4, alcuni principi di tutela della concorrenza, come ad es. *«economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità»*, che costituiscono un quadro di riferimento anche per i contratti, allo stato non inclusi nel Codice (non solo le concessioni, ma anche le locazioni attive, le concessioni di denaro pubblico), che pure – come si osserva nel parere del

⁽²²⁾ Non sembra inutile qui ricordare che l’art. 105 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 ha trasferito alle Regioni le funzioni relative *«al rilascio di concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia»*: cfr. il comma 2, lett. *h*).

⁽²³⁾ Ma già in tal senso Corte giust. U.E., 25 ottobre 2007, causa C-174/06, *Ministero delle Finanze-Ufficio IVA di Milano c. CO.GE.P. Srl*, in <http://curia.europa.eu>, che, seppure in relazione ad una questione di carattere fiscale [l’interpretazione dell’art. 13, parte B, lett. *b*), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, 1)], ha espressamente affermato che *«un rapporto giuridico quale quello in discussione nella causa principale, nell’ambito del quale ad un soggetto è concesso il diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di «locazione di beni immobili» ai sensi di detto articolo»*.

Consiglio di Stato sullo schema del d.lgs. n. 50/2016 – «*in sede di futura implementazione, vi potrebbero essere inclusi*» ⁽²⁴⁾.

Diventa allora fondamentale verificare quali siano i vincoli che derivano da tali principi e quali le implicazioni che se ne traggono sul piano del diritto interno ⁽²⁵⁾. A questo scopo, occorre, anzitutto, prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte di Giustizia, dalla quale emerge, in modo evidente e decisivo, il valore giuridico di alcuni principi contenuti nel Trattato CE e delle libertà comunitarie che costituiscono il perno del mercato unico europeo ⁽²⁶⁾. Al riguardo, risulta particolarmente interessante richiamare il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, che fin dal noto caso *Teleaustria* ⁽²⁷⁾ ha affermato che i principi di evidenza pubblica, in quanto principi generali dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato ⁽²⁸⁾, sono valevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate ⁽²⁹⁾.

⁽²⁴⁾ Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855, 14, in www.giustamm.it, n. 4/2016.

⁽²⁵⁾ Sul tema del diritto europeo dei contratti pubblici, possono qui ricordarsi, a titolo esemplificativo, M. PROITTO, *Aspetti sostanziali e processuali degli appalti di servizi di rilevanza comunitaria*, in *Urb. e app.*, 1999, 223 ss.; A. CAROSI, *Modalità e criteri di affidamento degli appalti di servizi sotto e sopra la soglia: bando di selezione e aggiudicazione*, in *App. urb. ed.*, 1999, 3 ss.; A. CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 2001, 84 ss.; S. TESCAROLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2001, 189 ss.; A. MATTERA, *Il diritto comunitario e le concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2003, 5 ss.; V. SALVATORE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici. Incidenza nell'ordinamento italiano delle direttive sulle procedure di aggiudicazione*, Milano, 2003; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 112 ss.; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 275 ss.; D. MARRAMA, *L'organismo di diritto pubblico e gli appalti di servizi e di forniture sottosoglia*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 550 ss.

⁽²⁶⁾ Ci si riferisce, in particolare, alle norme del Trattato CE che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità (art. 12, par. 1, ex art. 6, par. 1) e le norme relative alla libera circolazione delle merci (art. 28 – ex 30 – e ss.), alla libertà di stabilimento (artt. 43 – ex 52 – ss.) e alla libera prestazione di servizi (artt. 49 – ex 59 – ss.).

⁽²⁷⁾ Si tratta della sentenza Corte giust., 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, in *Urb. app.*, 2001, 487, con nota di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, che, pur essendo riferita all'affidamento di un pubblico servizio, contiene principi generali che assumono valenza estensibile a tutte le ipotesi in cui siano coinvolte delle commesse pubbliche e che descrivono una parte importante della c.d. evidenza pubblica comunitaria, dotata di potenzialità espansiva, oltre il settore delle concessioni di pubblico servizio, ad ogni ipotesi di procedura selettiva pubblica. Nel medesimo senso v. Corte giust., 10 novembre 2011, causa C-348/10, *Norma-A SLA c. Latgales planosanas regions*, in *Urb. app.*, 2012, 287 con nota di R. CARANTA, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Urb. app.*, 2013, 915, con nota di G.F. NICODEMO, *Concessione di servizi: nuove regole per l'affidamento. Il new deal dell'Adunanza Plenaria*; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 4, II, 1107. In generale, sui riflessi della normativa europea sulla disciplina dei servizi pubblici, cfr. S. BATTINI - G. VESPERINI, *Introduzione*, in S. BATTINI - G. VESPERINI (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano, 2008.

⁽²⁸⁾ Secondo la Corte, infatti, la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano immediatamente attuative dell'art. 81 del Trattato CE porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali sanciti in modo universale. Va qui ricordato, per completezza, che la suddetta disposizione sancisce l'incompatibilità con il mercato comune e vieta – a pena di nullità – «*tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:*

Tale obbligo non si estende necessariamente fino ad imporre un regime di pubblicità comunitaria, analogo a quello previsto dalle varie direttive sugli appalti pubblici: occorre, però, che, nella scelta del contraente privato, l'Ente aggiudicatore adotti dei meccanismi, pur non individuati, nella specie, dalla normativa europea, che, tuttavia, realizzino, nel modo scelto dagli Stati, i principi citati, per evitare fenomeni di discriminazione diretta o indiretta.

In questo senso, del resto, assume rilievo anche la «*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*» del 12 aprile 2000 ⁽³⁰⁾, che, oltre a ribadire l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica alle concessioni di beni, indipendentemente dal *nomen* della fattispecie, e quindi dalla sua qualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici ⁽³¹⁾, ha ulteriormente puntualizzato che il principio di trasparenza, esige che le Amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione; aggiungendo che tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali: l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione; l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario ⁽³²⁾. Spetterà,

-
- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
 - b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
 - c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
 - d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
 - e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

⁽²⁹⁾ Su questo specifico tema, in attenta analisi della giurisprudenza euro-unitaria, cfr. S. VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione restrittiva della giurisdizione amministrativa negli appalti sotto soglia: alcune perplessità* (nota a Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554), in *Dir. proc. amm.*, 524-526. In argomento, si segnalano, inoltre, gli studi di P. CASSIA, *Contracts public set principe communautaire d'égalité de traitement*, in *Riv. trim. dir. eur.*, 2002, 413 ss. e J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of The European Court of Justice*, Oxford, 1993, 233 ss., il quale distingue tra criteri di interpretazione di primo livello, che afferiscono al criterio di interpretazione letterale (si tratta dell'interpretazione contestuale e basata sull'ambito di applicazione della norma) e criteri interpretativi di secondo livello, che consentono di realizzare un'interpretazione estensiva.

⁽³⁰⁾ In G.U.C.E. n. 121/5 del 29 aprile 2000, su cui v. A. BARONE – U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 389 ss.; C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1253 ss.; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb app.*, 2000, 1071 ss. e, dello stesso Autore, *Concessione e appalto: il nocciolo duro della distinzione*, *ivi*, 2007, 1430 ss.; L. QUARTA – D. SPINELLI, *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 585 ss.; E. VALLANIA, *Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 838 ss.; R. VILLATA – L. BERTONAZZI, *Servizi di interesse generale*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, IV, Milano, 2007, 1791 ss.

⁽³¹⁾ Sotto tale profilo, la circolare ha puntualizzato che le norme del Trattato atte a garantire il buon funzionamento del mercato unico sono, in generale, rilevanti anche per le concessioni, seppure dallo stesso non espressamente menzionate. Ciò vale – precisa la comunicazione – anche per le concessioni di beni pubblici, rispetto alle quali viene in rilievo «*l'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici*».

⁽³²⁾ Tali requisiti sono oggi espressamente fissati nell'art. 171 del nuovo Codice dei contratti pubblici per le concessioni di lavori e di servizi.

quindi, ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative.

Il diritto U.E., quindi, non sembra introdurre tanto un principio di gara, quanto piuttosto un “diritto alla trasparenza” ⁽³³⁾.

4. Adesione della nostra giurisprudenza amministrativa agli orientamenti del giudice dell'U.E.: il c.d. “vantaggio competitivo” come presupposto sufficiente per l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica al procedimento di selezione del concessionario.

Le conclusioni raggiunte in ambito euro-unitario sono condivise in pieno dai giudici nazionali. In più occasioni il Consiglio di Stato ha avuto modo di allinearsi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, riconoscendo ai principi posti a tutela della concorrenza una portata trascendente l'ambito applicativo delle singole direttive ⁽³⁴⁾. E le coordinate tracciate dai giudici dell'U.E. hanno trovato puntuale applicazione anche in tema di concessioni di beni pubblici ⁽³⁵⁾. In particolare, secondo recenti pronunce del Consiglio di Stato, la sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione ⁽³⁶⁾. Alcune di queste pronunce oltre a

⁽³³⁾ Il che consente di superare un fraintendimento che spesso caratterizza gli scritti sul tema e che consiste nell'assimilazione delle procedure ad evidenza pubblica con il meccanismo della gara. Sul principio di trasparenza, si veda, in particolare, la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” (2006/C 179/02).

⁽³⁴⁾ In applicazione dei criteri enunciati dalla Corte di Giustizia, alcune pronunce del Consiglio di Stato hanno affermato che, ai fini dell'applicazione dei principi di evidenza pubblica, è indifferente che la fattispecie sia riconducibile al settore degli appalti o delle concessioni giacché, sotto tale profilo, la concessione si distingue dall'appalto unicamente per le modalità di remunerazione dell'opera del concessionario (cfr., in tal senso, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Cons. Stato*, 2005, I, 178; Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, in *Foro amm.- C.D.S.*, 2007, 1532).

⁽³⁵⁾ Si consideri che la comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000 (su cui v. la nota 30), a distanza di due anni, è stata ripresa puntualmente dalla circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio del 1 marzo 2002, n. 3944, in tema di *Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori*, in G.U. 3 maggio 2002, n. 102.

⁽³⁶⁾ In particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione 25 febbraio 2013, n. 5, in *Foro it.*, 2013, III, 250, con ampia nota di riferimenti di A. TRAVI, ha stabilito che la procedura competitiva è quella che meglio garantisce, in caso di assegnazione di concessioni di beni pubblici - in considerazione della scarsità della risorsa o quando risulti di fatto contingentata - tutti i contrapposti interessi in gioco, fra cui la libertà di iniziativa economica e l'effettiva concorrenza fra gli operatori economici. Tra le tante pronunce in tal senso, ancor prima dell'Adunanza Plenaria cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro amm.- C.D.S.*, 2001, 614; Id., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934, *ivi*, 2002, 390; Id., sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, *ivi*, 2004, 3243; Id., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, cit., *ivi*, 2005, 178; Id., sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, *ivi*, 2007, 161. Nel medesimo senso cfr., più recentemente, Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243, in *Foro amm.*, 2014, 812 ss.; Id., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6029, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si ribadisce che «la concessione di beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico da parte di privati deve avvenire previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica». Conforme è la

ribadire, con approfondite argomentazioni, l'importanza di tali principi per le concessioni di beni pubblici «di rilevanza economica», hanno puntualizzando che le norme europee poste a tutela della concorrenza non trovano applicazione solo nell'ipotesi del modello *in house*, nei confronti del quale l'affidamento diretto della gestione è legittimo poiché ricorre, tra ente pubblico e gestore del bene, un rapporto di delegazione organica che non configura una reale alterità tra le parti ⁽³⁷⁾.

5. La posizione dell'AGCM in merito alle criticità della nostra disciplina interna: il “diritto di insistenza” e le previsioni che hanno disposto una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 31 dicembre 2020 (art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010). La procedura di infrazione subita dall'Italia nel 2008.

Una volta “appurata” l'applicazione dei principi della concorrenza anche alle concessioni di beni, si tratta di capire che tipo di procedura adottare per l'affidamento di beni mediante concessione demaniale e se debba essere, in qualche modo, dato rilievo all'affidamento del privato concessionario. Nello svolgimento di questo studio non si può ovviamente prescindere dai più recenti sviluppi sul tema, per quanto attiene, in particolare, alle vicende che hanno caratterizzato sia la normativa interna sia le reazioni della Commissione europea nei confronti di tali iniziative legislative.

Sul punto, va, innanzitutto, segnalata la posizione, piuttosto restrittiva, assunta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM), intervenuta, a più riprese, sulle possibili distorsioni al corretto funzionamento del mercato, derivanti, in generale, dall'uso delle concessioni amministrative e, nello specifico, dall'impianto normativo che regola le concessioni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative ⁽³⁸⁾. Fin dal 1998, invero, l'AGCM ha rilevato come le criticità

posizione del giudice amministrativo di primo grado: v., ad es., Tar Trentino Alto Adige, Trento, 8 novembre 2007, n. 173, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 3392; Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 maggio 2008, n. 1132, *ivi*, 1265; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 6 dicembre 2008, n. 21241, in *Giur. merito*, 2009, 1378, nonché Tar Sardegna, sez. I, 5 febbraio 2010, n. 140, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, 976.

⁽³⁷⁾ Una significativa applicazione dei principi sin qui richiamati si è avuta nell'ambito del c.d. caso *Lignano Sabbiadoro* (deciso da Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Cons. Stato*, 2005, I, 178), con riguardo al conflitto insorto per l'assegnazione di un tratto di arenile e connesso specchio acqueo per uso turistico e ricreativo. Per più ampi approfondimenti in merito alla decisione sopra citata, cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 413 ss. In termini critici, sulla configurazione del modello *in house* con riferimento alle concessioni demaniali, cfr. L. SALAMONE, *Concessioni demaniali, in house providing e società miste: non costituisce titolo preferenziale per il rilascio di una concessione demaniale la pretesa identità tra l'Ente pubblico territoriale e la costituenda società mista*, in *Dir. mar.*, 2008, 2, 493 ss.

⁽³⁸⁾ Fin dal 1998, infatti, la suddetta Autorità ha posto in luce che l'ampio utilizzo dei regimi concessori, nel nostro ordinamento, non trova sempre riscontro in esigenze di interesse generale, le sole in grado di giustificare la presenza di un intervento pubblico suscettibile di incidere sul sistema concorrenziale; si veda, in particolare, il parere AGCM del 28 ottobre 1998, pubblicato nel Bollettino 2 novembre 1998, n. 42, in www.agcm.it e richiamato anche da M.A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa*, relazione al convegno *Il modello italiano della portualità turistica: prospettive di sviluppo* (12-13 settembre 2008), in www.diritto.it, § 3.

di tale sistema derivino dal fatto che le concessioni di beni, in luogo di regolare solamente l'uso del bene concesso, si spingano sovente sino a disciplinare profili direttamente connessi con l'attività di impresa svolta sul medesimo bene ⁽³⁹⁾. Questa tendenza comporta che, in molti casi, le normative, anziché sancire un obbligo generalizzato di ricorso a procedure competitive ispirate ai criteri di trasparenza e pubblicità, come desumibili dal Trattato sull'Unione europea, prevedano ipotesi di favore nei riguardi del precedente concessionario, sia in fase di rilascio delle concessioni che in fase di rinnovo; il che non permette l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dai partecipanti alla selezione.

Si tratta di profili sussistenti in modo evidente nelle norme che regolano le concessioni del demanio marittimo, come peraltro evidenziato dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM), in una nota segnalazione del 2008 ⁽⁴⁰⁾, con la quale sono state “censurate”, in particolare:

- l'art. 37, secondo comma, del Codice della navigazione, che, in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, riconosceva preferenza al soggetto già titolare della concessione stessa (c.d. diritto di insistenza);
- l'art. 1, comma 2, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, (conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 494) come modificato dall'art. 10, l. 16 marzo 2001, n. 88, il quale prevedeva che le concessioni demaniali marittime avessero una durata di sei anni e fossero automaticamente rinnovate ad ogni scadenza per ulteriori sei anni, a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca di cui all'art. 42 del Codice della navigazione (venendo quindi ad assimilare sotto il profilo temporale tali concessioni alle locazioni commerciali *ex art.* 28, l. 27 luglio 1978, n. 392).

In tale segnalazione, l'Autorità, oltre a rilevare il contrasto del diritto di insistenza ⁽⁴¹⁾ con il principio di non discriminazione sancito in ambito europeo, sottolineava come ciò non stimoli il concessionario a

⁽³⁹⁾ Si veda, sul punto, F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, cit., 787 ss., la quale ha osservato che la tendenza emersa nell'ambito dei vari ordinamenti nazionali a disciplinare – non solo l'uso del bene concesso – ma anche profili direttamente connessi con l'attività di impresa svolta sul medesimo bene, ha come conseguenza l'esercizio di poteri amministrativi che restringono in modo discrezionale l'accesso al mercato e, al contempo, la definizione di una posizione di privilegio per le imprese concessionarie.

⁽⁴⁰⁾ Si tratta della segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, pubblicata nel Bollettino n. 39 del 12 novembre 2008, reperibile in www.agcm.it.

⁽⁴¹⁾ Quanto alla configurazione del diritto di insistenza, non sembra inutile ricordare qui che, secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa, non è configurabile un vero e proprio diritto soggettivo al rinnovo, imponendo il solo diritto del concessionario uscente di essere preferito a parità di condizioni di fronte a nuovi aspiranti alla concessione, sempre che l'Amministrazione non ravvisi elementi preclusivi alla concessione di tale *favor*, il che impone alla P.A. soltanto di motivare adeguatamente la propria scelta: cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 22 gennaio 2001, n. 134, in www.giustizia-amministrativa.it e Tar Sardegna, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2679, in www.giustamm.it, n. 1/2010. In tal senso, affinché il diritto di insistenza possa venire in rilievo, occorre la preventiva comparazione di più domande sulla medesima concessione; infatti, soltanto dopo aver accertato l'equiordinazione delle istanze pervenute, in termini sia quantitativi che qualitativi, è possibile affermare la posizione di vantaggio del concessionario uscente (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 417 e Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, entrambe consultabili in www.giustizia-amministrativa.it). Nella medesima direzione si colloca una interessante pronuncia del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (la

corrispondere un canone più alto per la concessione e ad offrire migliori servizi agli utenti, favorendo, inoltre, comportamenti collusivi fra i soggetti titolari delle concessioni.

Inevitabile che, successivamente alla segnalazione dell'AGCM, la Commissione europea avviasse una procedura di infrazione ⁽⁴²⁾ con riferimento alle medesime norme nazionali sopra illustrate, contestandone la compatibilità con il diritto U.E. e, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento: nel caso specifico, la Commissione ha ritenuto che tali norme costituiscono una discriminazione per le imprese provenienti da altri Stati membri, che si trovano nella condizione di essere ostacolati dalla preferenza accordata dalla normativa interna al concessionario uscente.

Va poi ricordato che, facendo seguito all'avvio della procedura di infrazione, con il d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25, il Governo ha adeguato le disposizioni del Codice della navigazione oggetto di rilievi, eliminando, in particolare, la preferenza in favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni. Mentre l'altra disposizione (l'art. 10, l. n. 88/2001), che, non distinguendo tra la tipologia formale delle concessioni, aveva introdotto la regola del rinnovo automatico di sei anni in sei anni, pur essendo stata formalmente abrogata dall'art. 11, l. 15 dicembre 2011, n. 217 (legge comunitaria 2010), è stata poi sostanzialmente trasfusa nell'art. 1, co. 18, d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, cit., che ha disposto la proroga delle concessioni in essere al 30 dicembre 2009 sino al 31 dicembre 2015; termine, poi, ulteriormente prorogato al 31 dicembre 2020 ⁽⁴³⁾. La procedura di infrazione è stata comunque chiusa in data 27 febbraio 2012, confidando sul fatto che lo stesso art. 11 ha delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo

n. 9 del 29 gennaio 2007, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it), che ha ritenuto legittima la preferenza espressa dalla competente Autorità marittima per il sistema della selezione pubblica rispetto all'affidamento diretto al precedente concessionario, nonostante il diritto di insistenza da quest'ultimo vantato. In particolare, secondo la pronuncia in esame, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, il rispetto delle regole della *par condicio* impone all'Amministrazione di assicurare alcune condizioni. *In primis*, occorre garantire l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici. Si afferma, inoltre, la necessità di un'idonea pubblicizzazione della procedura relativa al rinnovo, in modo da consentire alle altre imprese interessate la conoscenza del presupposto notiziale necessario al fine di esplicitare, in una logica di *par condicio* effettiva, le *chances* concorrenziali in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza. Infine, occorre depurare, nei limiti possibili, la procedura dai fattori di vantaggio rivenienti in capo al concessionario dalla titolarità della concessione ovvero dalla titolarità di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo. In dottrina, sull'argomento, v. S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 4, 357; L.R. PERFETTI, « *Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi?* » (nota a Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764, 621 e ss.), in *Foro amm.- CDS*, 2003, 621 ss.

⁽⁴²⁾ Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, su cui v. la lettera di messa in mora inviata all'Italia il 29 gennaio 2009.

⁽⁴³⁾ V. l'art. 34-*duodecis*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime⁽⁴⁴⁾.

5. La presa di posizione della Corte costituzionale in favore del rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti (i casi delle leggi regionali Emilia Romagna, Toscana, Marche, Veneto e Abruzzo): conformità di tale orientamento all'art. 12 della direttiva "Bolkestein" nonché alle nuove disposizioni della direttiva 2014/23/UE sul divieto di proroga della durata della concessione.

In attesa di una organica riforma, anche la Corte costituzionale è intervenuta sulla questione, dichiarando costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali – per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento U.E. (art. 117, primo comma, Cost.) – che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni.

Non è possibile, in questa sede esaminare, nel dettaglio, le singole decisioni della Corte.

Ci limita a segnalarne alcune di più significative, come ad es., la decisione n. 180/2010⁽⁴⁵⁾ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene. La Corte ha dichiarato la norma costituzionalmente illegittima perché determinava «un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il principio di parità di trattamento (detto anche "di non discriminazione"), che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul

⁽⁴⁴⁾ Va qui ricordato che ancor prima delle censure mosse dalla Commissione europea, era emersa la necessità di revisione della disciplina codicistica sui beni pubblici, su cui v. le proposte della Commissione c.d. Rodotà, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 21.06.2007 con l'incarico di elaborare uno schema di legge delega contenente i principi ed i criteri direttivi per una possibile riforma delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici. La Commissione ha concluso i suoi lavori ad inizio 2008. In merito, v. i materiali contenuti in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, nonché E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2008, 3, 531 ss. In dottrina, v. le considerazioni di S. CASSESE, *Conclusioni*, in *Annuario AIPDA*, cit., 379 ss. e A. ROMANO TASSONE, *Conclusioni*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 703 ss. Con riferimento al demanio marittimo, anche se con riguardo ai profili inerenti la determinazione ed introito dei canoni, si vedano, inoltre, le conclusioni contenute nella delibera della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, 19 dicembre 2008, n. 29-2008-G, in www.corteconti.it, nonché le opzioni regolatorie indicate dal gruppo di lavoro e ricerca costituito per lo svolgimento di una Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sulla *Determinazione dei canoni delle concessioni di demanio marittimo per finalità turisticocreative* presso l'Università degli Studi "Roma Tre", in <http://www.dipesroma3.eu/dripea/?Attivi%E0>.

⁽⁴⁵⁾ Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180, in *Giur. cost.* 2010, 3, 2161, con nota di M. ESPOSITO, *La triade schmittiana à rebours*.

funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi».

Analoga vicenda ha riguardato l'art. 16, comma 2, l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77, che è stata dichiarata illegittima dalla Corte con sentenza n. 340/2010 ⁽⁴⁶⁾. Tale disposizione prevedeva la possibilità di una proroga, fino ad un massimo di 20 anni, delle concessioni in essere, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti: in tale occasione la Corte si è richiamata alla sua precedente decisione n. 180/2010, sopra citata.

Stessa sorte hanno subito l'art. 4, comma 1, l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7; l'art. 5, l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; gli artt. 1 e 2, l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati illegittimi con sentenza n. 213/2011 ⁽⁴⁷⁾. Tali disposizioni consentivano ai titolari di concessione in corso di validità, che avessero eseguito o che eseguissero, durante la vigenza della concessione, interventi edilizi, accompagnati o meno da acquisto di attrezzature e beni mobili, di chiedere la variazione della durata della concessione per un periodo compreso tra 7 e 20 anni (decorrenti dalla data di variazione);

Al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince 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.

È quanto emerge, del resto anche dalla direttiva “servizi”, n. 2006/123/CE, meglio nota come direttiva “*Bolkestein*” ⁽⁴⁸⁾, la quale prevede, tra l'altro, che alcune attività economiche possono essere esercitate da soggetti beneficiari di un'autorizzazione rilasciata dalla pubblica Amministrazione a seguito di una procedura concorsuale trasparente e imparziale e per una durata adeguata, senza possibilità di rinnovo automatico ⁽⁴⁹⁾; principio, quest'ultimo affermato anche dall'art. 18 della direttiva n. 2014/23/UE, secondo cui la durata delle concessioni «è *limitata*» nonché, con riguardo alle concessioni di lavori e di servizi, dall'art. 175, primo comma, lett. *a*), ultimo periodo, del nuovo Codice dei contratti pubblici secondo cui «*le clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione*».

⁽⁴⁶⁾ Corte cost., 26 novembre 2010, n. 340, in *Foro amm.-CDS*, 2011, 813 ss.

⁽⁴⁷⁾ Corte cost., 18 luglio 2011, n. 213, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 9 ss.

⁽⁴⁸⁾ La cui applicabilità alle concessioni *de quibus* è stata definitivamente sancita dalla sentenza di luglio 2016.

⁽⁴⁹⁾ V., in particolare, l'art. 12 della direttiva citata.

6. Le questioni pregiudiziali sollevate dalla sentenza Tar Lombardia, 24 settembre 2014, n. 2401 e dall'ordinanza Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4102 in ordine alla legittimità dell'art. 1, comma 18, l. n. 25/2010 sulla proroga delle concessioni demaniali marittime.

Sulla stessa linea si pone anche la giurisprudenza amministrativa interna, la quale ha sollevato al riguardo diverse questioni pregiudiziali, davanti alla Corte di Giustizia U.E. Tra queste va ricordata, ad es., la sentenza Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 settembre 2014, n. 2401 ⁽⁵⁰⁾, la quale ha subordinato, in specie, l'esito del contenzioso al "responso" del giudice U.E. in ordine alla legittimità (o no) dell'art. 1, co. 18, l. n. 25/2010 (si tratta, come detto, della disposizione che, *«nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse»* ha disposto la proroga delle concessioni in scadenza entro il 31 dicembre 2015 fino al 31 dicembre 2020).

Tale proroga, di durata pluriennale, sancita *ex lege* per le concessioni demaniali era addotta in giudizio, per l'appunto, da una società che aveva impugnato avanti al Tar Lombardia il provvedimento con cui un Consorzio di Comuni aveva negato il rinnovo di una concessione ad uso turistico-ricreativo, compresa nel demanio del Lago di Garda, sulla sponda bresciana, adducendo, a motivo del diniego, una delibera della Giunta regionale lombarda, secondo cui le concessioni possono essere rilasciate soltanto *«a seguito di apposita procedura di selezione comparativa ispirata ai principi di libera circolazione dei servizi»*, sanciti in ambito europeo.

Di analogo contenuto sono anche altri due rinvii pregiudiziali, sollevati, rispettivamente, da: Tar Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224 ⁽⁵¹⁾ e Cons. Stato, sez. IV, 14 agosto 2015, n. 3936 ⁽⁵²⁾.

Ancora più recentemente, Cons. Stato, sez. IV, ord. 1 settembre 2015, n. 4102 ⁽⁵³⁾, ha rimesso alla Corte di Giustizia una analoga questione pregiudiziale, seppure riferita alle concessioni di servizi aeroportuali ⁽⁵⁴⁾: in questo caso si chiede al giudice dell'U.E. di pronunciarsi in ordine alla compatibilità con i suddetti principi non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità, concorrenza, sanciti dai Trattati, di alcune disposizioni nazionali ⁽⁵⁵⁾, nella misura in cui queste ultime *«possano giustificare la sottrazione dell'assegnazione di una concessione quarantennale aeroportuale totale ad un affidamento con procedura concorsuale ad evidenza pubblica»*.

⁽⁵⁰⁾ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵¹⁾ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵²⁾ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵³⁾ In *Foro amm.*, 2015, 2245.

⁽⁵⁴⁾ Materia oggi sottratta all'ambito di applicazione del Codice degli appalti dall'art. 18, co. 1, lett. a).

⁽⁵⁵⁾ Nello specifico, si tratta delle seguenti disposizioni: art. 10, l. 24 dicembre 1993, n. 537; artt. 6, 7, 8 e 17, d.m. 12 novembre 1997, n. 521; art. 17, d.l. 25 marzo 1997, n. 67; art. 3, comma 2, d.lgs. 9 maggio 2005, n. 96; art. 11, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216 in relazione all'art. 6, d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

7. I principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E., 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15: l'applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE anche alle concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale con finalità turistico-ricreative; il contrasto con la suddetta disposizione delle norme italiane che prevedono la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali in essere.

Com'era prevedibile, le prime risposte del giudice europeo in merito all'annosa questione sono state conformi al consolidato orientamento che ritiene sussistente l'obbligo di ricorrere a procedure competitive ogni qualvolta si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico, così come definiti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale ⁽⁵⁶⁾. In particolare, con la sentenza della sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, la Corte di Giustizia – rispondendo ai quesiti sollevati, in via pregiudiziale, dal Tar Milano e dal Tar Sardegna rispettivamente, con le ordinanze citate n. 2401/2014 e n. 224/2015 ⁽⁵⁷⁾, ha affermato inequivocabilmente il principio secondo cui le concessioni demaniali marittime non possono essere automaticamente rinnovate in quanto una siffatta procedura sarebbe in contrasto con i principi di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE ⁽⁵⁸⁾.

Traendo conferma dall'art. 49 del TFUE, la Corte ha poi precisato che, ove tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo, una proroga automatica disposta in favore di un'impresa, con sede in un certo Stato membro, costituisce una disparità di trattamento nei confronti delle altre imprese collocate in altri Stati ed interessate al settore ⁽⁵⁹⁾.

Nello sviluppare questi principi, la Corte segue, però, un percorso argomentativo, che conduce a delle “parziali” aperture nella direzione di una maggiore tutela dell'affidamento del concessionario “uscente”, che rappresentano indubbiamente un utile parametro di riferimento per il legislatore italiano, in vista della tanto attesa riforma del settore.

Appare, quindi, opportuno analizzare sinteticamente i principali argomenti posti a fondamento della decisione del giudice dell'Unione.

⁽⁵⁶⁾ V. la giurisprudenza citata nella nota 36.

⁽⁵⁷⁾ Entrambe consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso la Corte ha affermato il principio secondo cui: «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 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».

⁽⁵⁹⁾ Questo il principio di diritto enunciato al riguardo dalla Corte di Giustizia: «L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo».

Innanzitutto, dopo avere sgombrato il campo dalle eccezioni di irricevibilità delle questioni poste ⁽⁶⁰⁾, la Corte di Giustizia ha affermato che gli atti di ammissione allo sfruttamento di beni appartenenti al demanio marittimo fluviale e lacuale con finalità turistico ricreative, avendo ad oggetto risorse naturali situate sulle rive del lago di Garda o sulle coste della Sardegna, non rientrano nell'ambito delle concessioni di servizi disciplinate dalla direttiva 2014/23/UE. Esse devono, invece, essere considerate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123/CE, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale ⁽⁶¹⁾. *«Un'interpretazione siffatta – secondo la Corte di Giustizia – è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest'ultimo precisa infatti che taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva»* ⁽⁶²⁾. Per il diritto U.E., l'affidamento di un bene pubblico non va, quindi, confuso con l'affidamento di servizi: è il concessionario che stabilisce quale attività intenderà svolgere utilizzando un

⁽⁶⁰⁾ Le due eccezioni concernevano, da un lato, l'applicabilità dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 (la norma che aveva disposto la proroga delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2015) anche alle concessioni lacuali; in secondo luogo, si poneva il problema di stabilire se le concessioni oggetto del contendere rientrassero *ratione temporis* nell'ambito di applicazione dell'art. 34-*duodecies* del d.l. n. 179/2012, disposizione – adottata successivamente alle decisioni impugnate nei procedimenti principali – che ha ulteriormente prorogato le concessioni *de quibus* fino al 31 dicembre 2020 (su cui v., *supra*, il § 5). Con riguardo alla prima questione, la Corte di Giustizia ha rilevato (al punto 31) che «Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio nella causa C-458/14 risulta che [la ricorrente], al momento della proposizione del ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, si è richiamata all'articolo 1, comma 18, del decreto legge n. 194/2009, come risultante dalla legge n. 25/2010, affermando che tale norma, seppure dettata con riferimento alle concessioni demaniali marittime, doveva essere riferita anche alle concessioni demaniali lacuali», concludendo (al punto 32): «Orbene, il giudice del rinvio nella suddetta causa ha implicitamente ammesso tale interpretazione, avendo ritenuto che per risolvere la controversia principale occorresse stabilire se questa stessa disposizione nazionale dovesse essere disapplicata in quanto contraria al diritto dell'Unione». Quanto all'efficacia temporale delle suddette proroghe, ha osservato, in maniera criptica, che «Pertanto, la questione se le disposizioni nazionali applicabili nei procedimenti principali siano quelle che rinviavano tale scadenza al 31 dicembre 2015, o quelle che la rinviavano al 31 dicembre 2020, non solo rientra nella competenza del giudice nazionale, ma non incide comunque sulla ricevibilità delle questioni poste. Ciò premesso, le domande di pronuncia pregiudiziale devono essere ritenute ricevibili» (v. il punto 34 della sentenza).

⁽⁶¹⁾ CFR., AD ES., IL PUNTO 47 DELLA SENTENZA, OVE SI AFFERMA CHE «NEI PROCEDIMENTI PRINCIPALI, COME SOTTOLINEA LA COMMISSIONE, LE CONCESSIONI VERTONO NON SU UNA PRESTAZIONE DI SERVIZI DETERMINATA DELL'ENTE AGGIUDICATORE, BENSÌ SULL'AUTORIZZAZIONE A ESERCITARE UN'ATTIVITÀ ECONOMICA IN UN'AREA DEMANIALE. NE RISULTA CHE LE CONCESSIONI DI CUI AI PROCEDIMENTI PRINCIPALI NON RIENTRANO NELLA CATEGORIA DELLE CONCESSIONI DI SERVIZI», RICHIAMANDO, A SOSTEGNO DI TALE IMPOSTAZIONE, LA SENTENZA DEL 14 NOVEMBRE 2013, C-221/12, BELGACOM NV CONTRO INTERKOMMUNALE VOOR TELEDISTRIBUTIE VAN HET GEWEST ANTWERPEN (INTEGAN) E A., PUNTI DA 26 A 28. CFR., IN TAL SENSO, ANCHE I PUNTI 41 E 42 OVE SI LEGGE: «TALI CONCESSIONI POSSONO QUINDI ESSERE QUALIFICATE COME «AUTORIZZAZIONI», AI SENSI DELLE DISPOSIZIONI DELLA DIRETTIVA 2006/123, IN QUANTO COSTITUISCONO ATTI FORMALI, QUALUNQUE SIA LA LORO QUALIFICAZIONE NEL DIRITTO NAZIONALE, CHE I PRESTATORI DEVONO OTTENERE DALLE AUTORITÀ NAZIONALI AL FINE DI POTER ESERCITARE LA LORO ATTIVITÀ ECONOMICA. OCCORRE, DALL'ALTRO LATO, SOTTOLINEARE CHE LE CONCESSIONI DI CUI AI PROCEDIMENTI PRINCIPALI RIGUARDANO RISORSE NATURALI AI SENSI DELL'ARTICOLO 12 DELLA DIRETTIVA 2006/123, DATO CHE LE AREE DEMANIALI IN QUESTIONE SONO SITUATE O SULLE RIVE DEL LAGO DI GARDA O SULLE COSTE MARITTIME ITALIANE».

⁽⁶²⁾ V. il punto 48 della sentenza nonché, sul 15° Considerando, quanto osservato nel precedente § 3.

bene pubblico e ciò indipendentemente dal fatto che il bene ricada nel demanio o nel patrimonio (indisponibile o disponibile) dello Stato o di altri enti pubblici.

Sulla base di queste premesse, il giudice dell'Unione ha, quindi, rivolto la sua particolare attenzione sulle condizioni di applicazione del suddetto art. 12 della “direttiva servizi” nel caso concreto. Ed è sotto tale profilo che la Corte di Giustizia sembra consentire delle aperture, in favore dell'autonomia dei singoli Stati membri. Ci si riferisce, innanzitutto, all'affermazione secondo cui spetta, comunque, al giudice nazionale (e, dunque, *in primis*, all'ordinamento interno), stabilire se l'art. 12 della direttiva n. 123/2006, cit., sia applicabile al caso concreto ⁽⁶³⁾. Con riferimento alla fattispecie in esame, la Corte di Giustizia ha stabilito, in particolare, che, ai fini dell'applicabilità del suddetto art. 12, il giudice nazionale deve innanzitutto valutare se le attività economiche svolte sulle aree demaniali in questione possono essere oggetto solo di un numero limitato di autorizzazioni in ragione della scarsità delle risorse naturali sulle quali tali attività sono esercitate ⁽⁶⁴⁾: il fatto che le attività di servizi possono essere autorizzate in un numero ridotto a causa della limitata disponibilità degli arenili costituisce cioè il presupposto necessario per applicare questa disposizione ⁽⁶⁵⁾. Al riguardo, la Corte ha anche precisato che, al fine di pervenire ad un convincimento in tal senso, lo stesso giudice nazionale deve considerare se le autorizzazioni sono rilasciate a livello nazionale o locale, accertando sul luogo il livello di disponibilità delle aree interessate da tali attività ⁽⁶⁶⁾.

Sulla base di queste premesse, la pronuncia in esame afferma, quindi, che *«il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità»* ⁽⁶⁷⁾. Conclude, quindi, il giudice dell'U.E. che le norme italiane che prevedono la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali in essere (e, in particolare, l'art. 18, comma 1, l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010) sono in contrasto con l'art. 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE, in quanto comportano un loro rinnovo automatico – *«escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della*

⁽⁶³⁾ Si veda, in particolare, il punto 49 della sentenza, ove si legge: «Nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 – circostanza che spetta al giudice del rinvio determinare, come risulta dal punto 43 della presente sentenza – occorre rilevare che, secondo il paragrafo 1 di tale disposizione, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità».

⁽⁶⁴⁾ V. i punti 43 e 49.

⁽⁶⁵⁾ Nello stesso senso G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in www.giustamm.it, n. 10/2016, spec. § 2.

⁽⁶⁶⁾ V. il punto 43.

⁽⁶⁷⁾ V. il punto 49.

direttiva 2006/123»⁽⁶⁸⁾, che non consente di organizzare una procedura di selezione come prescritta dallo stesso art. 12, comma 1, cit.

8. Segue: Il principio giurisprudenziale secondo cui il ricorso al diritto primario (Trattato FUE) ed alla successiva interpretazione si pone come eventuale, ovvero solo nel caso in cui la disciplina di cui alla direttiva 2006/123/CE non sia applicabile alla singola fattispecie (c.d. “armonizzazione”). Parziali aperture in favore dell’autonomia dei singoli Stati membri: l’affermazione secondo cui l’affidamento di una concessione in assenza di una «*procedura trasparente di gara*» costituisce disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate alla medesima concessione, solo qualora siffatta concessione presenti un «*interesse transfrontaliero certo*».

A questo punto, appare interessante sottolineare come la Corte di Giustizia abbia giustificato questa interpretazione della direttiva 2006/123/CE con un ragionamento che essa ha sviluppato basandosi sul principio giurisprudenziale, ormai consolidato, secondo cui qualsiasi misura nazionale in un settore che, come è il caso della “direttiva servizi”, abbia costituito oggetto di un’armonizzazione completa a livello dell’Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione⁽⁶⁹⁾.

Non è certo questa la sede opportuna per una esauriente ricostruzione dell’origine, della *ratio* e delle finalità di questo importante principio giurisprudenziale. Tuttavia, trattandosi dell’argomento principale sul quale la Corte di Giustizia ha fondato tutto il suo ragionamento sull’effettiva portata dell’art. 12 della “direttiva servizi”, interessa qui richiamare l’attenzione sulla interpretazione e corretta applicazione del principio stesso, come risulta dalla consolidata giurisprudenza U.E.

In primo luogo, pur non avendo sempre manifestato un giudizio univoco, dalla stessa giurisprudenza si ricava che, al fine di accertare la conformità al diritto dell’UE di tale normativa nazionale, è in principio *preferibile* (il primo) o è *sufficiente* (il secondo) esaminare il solo disposto della direttiva di armonizzazione⁽⁷⁰⁾. In secondo luogo, è importante richiamare l’attenzione su un aspetto particolare rilevabile nelle

⁽⁶⁸⁾ V. il punto 51.

⁽⁶⁹⁾ Tale principio è richiamato nel punto 59 della sentenza, ove si legge: «*In via preliminare, occorre precisare che qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un’armonizzazione completa a livello dell’Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza del 30 aprile 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, punto 63 e giurisprudenza ivi citata)*».

⁽⁷⁰⁾ Si vedano, in proposito, le conclusioni dell’Avvocato Generale L.A. Geelhoed, del 4 luglio 2002, causa C-221/00, *C.E. c. Austria*, punti 44 e 45, in <http://curia.europa.eu>, il quale, esaminando lo stato della giurisprudenza in materia, ha constatato che, in talune occasioni, la giurisprudenza relativa al rapporto tra una determinata direttiva di armonizzazione ed i corrispondenti articoli del Trattato mancava di coerenza. Lo stesso A.G. Geelhoed ha, quindi, concluso affermando che, quando è stata adottata una normativa europea armonizzata per una determinata materia, è preferibile esaminare le disposizioni nazionali rilevanti che rientrano nel campo di

sentenze citate dall'A.G. M. Szpunar, sia direttamente nelle sue conclusioni relative al caso in esame ⁽⁷¹⁾, sia con un richiamo indiretto alle numerose sentenze menzionate nelle suddette conclusioni dell' A.G. Cruz Villalón nella causa *Rina Services e a* ⁽⁷²⁾. In nessuna di queste sentenze la Corte ha affermato che il principio in questione autorizza un'interpretazione di una direttiva di armonizzazione contraria alle norme ed ai principi del Trattato ⁽⁷³⁾.

L'insieme della giurisprudenza europea sopra menzionata induce, pertanto, a ritenere che, di regola, il diritto primario svolge un ruolo secondario, allorché la Corte di Giustizia è chiamata a controllare la conformità di una normativa nazionale alle disposizioni di una direttiva di armonizzazione. In altri termini, tali disposizioni sono normalmente *sufficienti* a dirimere una questione del genere. Ciò non significa, tuttavia, che una direttiva di armonizzazione possa avere una portata che eccede quella delle norme e dei principi del Trattato che costituiscono la sua base giuridica. Il che induce a concludere che gli obblighi derivanti dalle direttive di armonizzazione devono comunque essere interpretati in armonia con le esigenze derivanti dalle disposizioni del Trattato.

È quanto emerge dalle statuizioni della pronuncia in esame, secondo cui il ricorso al diritto primario (Trattato FUE) ed alla successiva interpretazione, si pone come eventuale, ovvero solo nel caso in cui la disciplina della direttiva 2006/123/CE non sia applicabile alla fattispecie in esame ⁽⁷⁴⁾. La stessa Corte,

applicazione della direttiva stessa alla luce di questa normativa derivata e non del diritto europeo primario. Anche se nelle stesse conclusioni egli ha, infine, avvertito che le norme di una direttiva armonizzata, come qualsiasi normativa di diritto derivato, devono essere interpretate alla luce delle disposizioni del Trattato. Questo ragionamento va poi completato con l'opinione espressa sullo stesso argomento dall'A.G. P. Cruz Villalón, nelle conclusioni del 10 marzo 2015, causa C-593/13, *Presidenza del Consiglio dei Ministri e a. contro Rina Services SpA e a.*, in <http://curia.europa.eu>, in specie laddove afferma che per valutare la normativa nazionale controversa è sufficiente interpretare le disposizioni della direttiva di riferimento (v. in particolare, la nota 7 e la copiosa giurisprudenza ivi citata). Entrambe le opinioni, simili nella sostanza, hanno considerato il caso di una normativa nazionale che disciplina un determinato settore economico sottoposto ad una direttiva di armonizzazione.

⁽⁷¹⁾ V. le conclusioni del 25 febbraio 2014, cause riunite C-458 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*, cit., spec. nota 7.

⁽⁷²⁾ Ci si riferisce alle conclusioni del 10 marzo 2015 causa C-593/13, cit., su cui v. anche la sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 giugno 2015, in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁷³⁾ Per contro, alcune sentenze del giudice dell'Unione precisano che, se è vero che qualsiasi misura nazionale in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione esauriente a livello euro-unitario deve essere valutata in rapporto alle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non di quelle di diritto primario, tuttavia, tale valutazione deve essere esercitata nel rispetto del Trattato: v., ad es., le sentenze Corte giust., 9 giugno 1992, causa C-47/90, *Delhaize et Le Lion*, punto 26, in *Racc.*, I, 3669; Id., 2 febbraio 1994, causa C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV*, punti 11, 12 e 13; Id., 21 gennaio 2003, causa C-221/00, *C.E. c. Austria*, punto 48 e 11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV c. DocMorris NV e Jacques Waterval*, punti 64 e 65, tutte reperibili in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁷⁴⁾ Cfr., al riguardo, i punti 61 e 62 della sentenza ove si legge: «Analogamente a quanto già statuito a proposito dell'articolo 14 di tale direttiva, il quale prevede un elenco di requisiti «vietati» nell'ambito dell'esercizio della libertà di stabilimento, si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano a un'armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione (v., per analogia, sentenza del 16 giugno 2015, *Rina Services e a.*, C-593/13, EU:C:2015:399, punti 37 e 38). Pertanto le questioni pregiudiziali, nella misura in cui vertono sull'interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l'articolo 12 della direttiva 2006/123 non sia applicabile ai procedimenti principali,

sempre con riferimento al suddetto principio giurisprudenziale, ha, peraltro, indirettamente, affermato che l'articolo 12 della direttiva n. 123, cit., non è applicabile quando si tratta di concessioni ubicate su aree demaniali libere e disponibili: circostanza che, come detto, spetta ai giudici nazionali stabilire ⁽⁷⁵⁾.

Trasferendo tali argomentazioni dal piano processuale al piano (sostanziale) dei rapporti amministrativi, se ne può desumere che, anche sotto tale profilo, l'accertamento vada effettuato – caso per caso – e sulla base di criteri oggettivi, appuntati sul territorio ove insiste la concessione.

A tale riguardo, la sentenza precisa che *«le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare»* ⁽⁷⁶⁾.

La stessa Corte si affretta, però, a precisare: *«qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'Amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione. Una siffatta disparità di trattamento è, in linea di principio, vietata dall'articolo 49 TFUE»* ⁽⁷⁷⁾: in quest'ultima affermazione, ad avviso di chi scrive, è possibile cogliere la più importante indicazione per il legislatore nazionale, ovvero che l'assegnazione di una concessione in assenza di una *«procedura trasparente di gara»* costituisce disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate alla medesima concessione, ma solo qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo ⁽⁷⁸⁾.

La medesima sentenza fornisce poi, ulteriori chiarimenti in merito alla portata applicativa dei principi formulati, riconoscendo che una disparità di trattamento tra i singoli operatori economici *«può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza*

circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire, come risulta dal punto 43 della presente sentenza. È quindi con questa riserva che la Corte risponde alle questioni sollevate».

⁽⁷⁵⁾ Si vedano i punti 62 e 64 della sentenza in esame.

⁽⁷⁶⁾ V. il punto 64 della sentenza, ove si richiama la pronuncia della Corte giust. U.E., 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia*, in <http://curia.europa.eu>, punti 57 e 58.

⁽⁷⁷⁾ V. il punto 65 della decisione in esame che richiama, in proposito, Corte giust. U.E., 17 luglio 2008, cit., punti 59 e 60, nonché Id., 14 novembre 2013, causa C-221/12, *Belgacom NV contro Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) e a.*, punto 37, entrambe reperibili in <http://curia.europa.eu>. V., inoltre, per analogia, Corte giust. U.E., 14 novembre 2013, causa C-388/12, *Comune di Ancona c. Regione Marche*, 45-48 e giurisprudenza ivi citata.

⁽⁷⁸⁾ Diverso il punto di vista di G. MARCHEGIANI, *op. cit.*, spec. il § 4, il quale rileva che *«le motivazioni della sentenza palesano un'evidente discrasia dovuta al fatto che, secondo la Corte, due norme europee (trattato e direttiva) che presuppongono identiche esigenze di tutela (la protezione del diritto di stabilimento), costituirebbero la fonte di due discipline di diverso contenuto».* Proponendo una lettura più restrittiva rispetto a quella qui proposta l'Autore ritiene, invero, che le statuizioni della sentenza conducono a concludere che *«l'art. 12 della “direttiva servizi”, a differenza delle norme e dei principi del Trattato, si applica alla generalità delle concessioni demaniali marittime che insistono su aree demaniali limitate per via della scarsità delle risorse naturali»*: v., al riguardo, anche la nota 82.

del diritto»; principio sommo che, nel caso di specie, va temperato con quello di affidamento del privato contraente/concessionario della p.A.

Non a caso il giudice dell'Unione, a maggiore definizione dei «*motivi imperativi*», ovvero delle situazioni che potrebbero giustificare una proroga delle concessioni e, quindi, una deroga alle regole della concorrenza (come ad es., la necessità di ammortizzare gli investimenti effettuati), precisa che: «*il principio della certezza del diritto, nel caso di 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, esige 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*»: principio ribadito anche con riguardo all'ipotesi specifica in cui si ritenga applicabile la direttiva «*Bolkestein*» ⁽⁷⁹⁾.

8. L'esigenza di una riforma organica della legislazione in materia alla luce della recente giurisprudenza europea. Alcune prospettive di soluzione in rapporto alla normativa interna: l'individuazione di un parametro di riferimento cui collegare il grado di affidamento del privato e di cui tenere conto in sede di comparazione delle offerte; la necessità di computare il valore degli investimenti effettuati nell'importo a base d'asta come rimedio alla eccessiva durata delle concessioni. L'orientamento che trae conferma dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui gli obblighi di trasparenza imposti dal diritto U.E. si applicherebbero solo nel caso in cui la concessione demaniale rivesta un interesse transfrontaliero certo.

Alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia U.E. appare ormai ineludibile un riordino della materia, che tenga conto delle statuizioni in essa contenute ⁽⁸⁰⁾: compito che non appare per nulla facile, considerata anche la varietà delle posizioni coinvolte e la delicatezza della “posta in gioco”.

Va del resto rilevato che la sentenza non ha precisato le regole che le amministrazioni concedenti devono seguire per attuare la suddetta procedura di trasparenza, limitandosi a riassumere lo stesso concetto espresso nella “direttiva servizi” («*il rilascio di autorizzazioni [...] deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità*») ⁽⁸¹⁾. La Corte non ha, cioè, indicato i criteri e le modalità idonei ad assicurare che

⁽⁷⁹⁾ Cfr., in tal senso, le già citate sentenze Corte giust. U.E., 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia*, cit., punti 70 e 71 nonché Id., 14 novembre 2013, causa C-221/12, cit., punto 40, entrambe reperibili in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., al riguardo, M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, 286 ss., nonché, dello stesso Autore (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Roma, Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1998.

⁽⁸¹⁾ Per quanto possa occorrere si rammenta che l'art. 12 della “direttiva servizi” prevede al riguardo che «*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*».

la procedura di selezione dei potenziali candidati si svolga nel rispetto delle menzionate garanzie di imparzialità e di trasparenza: il che ha indotto taluni ⁽⁸²⁾ a ritenere che tale omissione sia motivata dall'esigenza di nascondere una evidente contraddizione delle sue attuali argomentazioni rispetto a quelle che essa ha sviluppato in una sua precedente giurisprudenza - che ha peraltro il pregio di essere consolidata - secondo la quale le autorità pubbliche devono rispettare le regole fondamentali del TFUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare, qualora intendano assegnare una concessione o un'autorizzazione che presenta un interesse transfrontaliero certo ⁽⁸³⁾. Al contrario, ad avviso di chi scrive, le conclusioni della Corte lasciano supporre che questa giurisprudenza, nata in relazione alle menzionate direttive appalti, ma con riferimento ai contratti non sottoposti alla loro disciplina e, in particolare, alle concessioni di servizi, possa essere applicata in principio anche alle concessioni demaniali marittime ove ne ricorrano i presupposti, anche in ragione del fatto che, come detto in precedenza, secondo la stessa giurisprudenza della Corte, esiste un'apparente analogia tra le autorizzazioni (al cui ambito essa riconduce anche le concessioni demaniali marittime) e le concessioni di servizi ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸²⁾ Cfr., in particolare, G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, cit., §§ 4, 5 e 6, il quale sostiene che la Corte avrebbe indirettamente riconosciuto che l'art. 12 della "direttiva servizi" si applica anche alle autorizzazioni relative ad attività di servizi prive di un interesse transfrontaliero certo; dunque, a fattispecie che, in realtà, non violano le norme ed i principi del Trattato. In particolare, l'Autore richiama ancora una volta l'attenzione sul principio affermato al punto 59 delle motivazioni, secondo il quale «*qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione*», osservando che «*la sentenza avrebbe utilizzato questo principio per andare oltre le norme ed i principi del TFUE e applicare una disposizione del diritto derivato (l'art. 12 della "direttiva servizi") anche a situazioni che di fatto non creano un ostacolo alle libertà tutelate dal diritto primario. Ciò facendo, la Corte di giustizia ha però ignorato la sua ampia giurisprudenza descritta in precedenza, riguardante gli articoli 49 e 345 del TFUE. Di guisa che, purtroppo, la sentenza in esame ha originato un insanabile contrasto tra norme del diritto primario (i menzionati articoli 49 e 345 del TFUE) e una norma del diritto derivato (l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE)*». La tesi appare, invero, un po' eccessiva ove si consideri che un'interpretazione del suddetto art. 12, intesa ad imporre il diritto dell'UE alle concessioni prive di un siffatto interesse costituirebbe un'aperta violazione dei principi affermati dalla stessa Corte di giustizia nella sua giurisprudenza consolidata concernente l'art. 345 TFUE. Va poi sottolineato, come risulta dall'insieme delle indicazioni che figurano nel preambolo dell'atto, che la stessa direttiva, pur rifiutando di affidare la tutela di tali libertà alla sola «*applicazione diretta degli articoli 43 e 49 del trattato*», ha chiaramente la sua base giuridica nei menzionati articoli 49 e 56 del TFUE. Il che non sembra consentire un'interpretazione giurisprudenziale contraria ai principi che la stessa Corte di giustizia ha costantemente enucleato dalle suddette norme di rango primario.

⁽⁸³⁾ Come ricordato nel § 1, prima della direttiva 2014/23/UE, le concessioni di servizi, pur se menzionate, non rientravano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive riguardanti il settore degli appalti pubblici. Tuttavia, secondo una giurisprudenza consolidata concernente il periodo precedente questa direttiva, le autorità pubbliche che concludevano tali contratti erano (e lo sono tuttora) tenute a rispettare le regole fondamentali del trattato, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Obbligo di trasparenza che – come meglio si dirà *infra*, si applica, peraltro, solo al caso in cui la concessione di servizi può interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita (il c.d. «*interesse transfrontaliero certo*», su cui v., *ex multis*, Corte giust. U.E., 14 novembre 2013, causa C-388/12, *Comune di Ancona c. Regione Marche*, cit., 45-48 e giurisprudenza ivi citata).

⁽⁸⁴⁾ In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato che un'autorizzazione del genere non si differenzia da una concessione di servizi allorché l'esercizio dell'attività considerata può interessare potenzialmente operatori

In attesa di una proposta unitaria (elaborata dal Governo e dalle Regioni), appare, pertanto, possibile, in questa sede, delineare alcune prospettive di soluzione, non solo alla luce della disciplina comunitaria e nazionale della materia, ma anche in rapporto ai modelli adottati da altri Stati membri dell'U.E., che paiono, invero, più distanti rispetto al nostro sistema interno, dai principi imposti dal diritto U.E., in specie, relativamente alla tutela della concorrenza ed alla parità di trattamento tra operatori del settore.

Una prima strada percorribile – condivisa dalla stessa AGCM – potrebbe essere quella di attribuire comunque un “peso” al “diritto di insistenza”, seppure in via residuale e sussidiaria, in una situazione di completa equivalenza tra le diverse offerte. Soluzione che è stata, ad es., seguita dalla Regione Friuli-Venezia Giulia ⁽⁸⁵⁾, ove si prevede che il c.d. diritto di insistenza debba essere considerato, in misura variabile tra il 30% e il 10%, a seconda della finalità della concessione, in sede comparazione delle istanze concorrenti per il rilascio della concessione. Una soluzione di questo tipo sembrerebbe trovare un qualche “appiglio” anche nell’art. 177 del nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale prevede una disciplina “differenziata” per le concessioni di lavori, servizi e forniture in essere alla data di entrata in vigore del Codice e non affidate con procedure ad evidenza pubblica. Tale norma stabilisce, in particolare, che, in tali casi, i titolari delle concessioni abbiano l’obbligo di attribuire una quota pari all’80% dei contratti loro affidati di importo superiore a 150.000 euro, mediante procedura ad evidenza pubblica, e che la restante parte possa essere realizzata mediante affidamento diretto da società *in house*: ebbene, questa percentuale del 20% potrebbe costituire un parametro di riferimento (una “misura”), cui collegare il grado di affidamento del privato e di cui tenere conto in sede di comparazione delle offerte. Altra soluzione, pure “caldeggiata” dalla AGCM, è quella di non parametrare necessariamente la durata della concessione al tempo occorrente per il recupero degli investimenti effettuati – anche se il criterio è puntualmente ripreso dal nuovo Codice dei contratti ⁽⁸⁶⁾ – essendo sufficiente che il valore degli stessi al momento della gara, sia posto a base dell’asta; ciò potrebbe costituire un rimedio alla eccessiva durata delle concessioni, che, come si è detto, tende a creare restrizioni e barriere all’accesso al mercato.

economici stabiliti in altri Stati membri: v. le sentenze 3 giugno 2010, causa C-203/08, *Sporting Exchange*, punti 46 e 47; 9 settembre 2010, causa C-64/08, *Engelmann*, punti 53-55, e 14 novembre 2013, causa C-221/12, cit., punto 33, tutte reperibili in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁸⁵⁾ V. l’art. 9, l. r. n. 22/2006.

Per completezza, va, inoltre, ricordato che la Regione Friuli Venezia Giulia, sta attualmente lavorando a una riforma organica della legislazione regionale in materia (che dovrebbe prendere corpo a inizio 2017), d’intesa con il Governo nazionale e con le altre Regioni che stanno egualmente occupandosi della materia alla luce della recente giurisprudenza europea: del nuovo testo regionale nonché delle priorità delle riforme normative, ai vari livelli, si è parlato nell’ambito del Convegno «*Direttiva Bolkestein, opportunità e rischi per le concessioni demaniali*», organizzato da Assonautica Udine, tenutosi a Lignano Sabbiadoro (Ud), l’8 ottobre 2016.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., in particolare, l’art. 168, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ove si afferma che «*La durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario*».

Infine, un altro orientamento, forse il più attendibile, trae conferma da una certa interpretazione della direttiva “servizi” n. 2006/123/CE, condivisa dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia. In estrema sintesi, secondo tale orientamento, gli obblighi di trasparenza imposti dal diritto U.E. si applicherebbero solo nel caso in cui la concessione demaniale rivesta un interesse “transfrontaliero certo” ovvero nell’ipotesi in cui la concessione potrebbe interessare un’impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l’Ente concedente: principio ribadito anche dalla più recente direttiva n. 2014/23/UE ⁽⁸⁷⁾ nonché dalla citata sentenza della Corte di Giustizia del luglio scorso, la quale ha, altresì, chiarito che tale interesse deve essere *«valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell’appalto in questione»* ⁽⁸⁸⁾.

9. Alla ricerca di un utile parametro di raffronto nella direzione di una maggiore “apertura” all’autonomia nazionale quanto alle procedure di scelta del concessionario. Il modello portoghese: la non vincolatività del principio di gara e l’ampia discrezionalità della p.A. in ordine alla durata della concessione; i dubbi di compatibilità della previsione sul diritto di prelazione del concessionario “uscente” con i principi dell’U.E. posti a tutela della concorrenza.

In questa prospettiva di maggiore “apertura” all’autonomia nazionale, quanto alla specifica disciplina delle procedure di scelta del concessionario, un utile parametro di raffronto, sotto questo punto di vista, è rappresentato dai modelli spagnolo e portoghese ⁽⁸⁹⁾, dei quali sembra qui utile richiamare i tratti essenziali, anche per dare maggiore concretezza al percorso argomentativo qui sviluppato.

In Portogallo, l’attribuzione dei titoli abilitativi in materia di demanio marittimo è disciplinata, in via generale, dall’art. 10 del *decreto – lei n. 226-A* del 31 maggio 2007 ⁽⁹⁰⁾, il quale reca alcuni criteri vincolanti

⁽⁸⁷⁾ Cfr., in particolare, il 4° considerando, che, nel sottolineare l’esigenza di applicare in maniera uniforme i principi del TFUE, riconosce, sia pure indirettamente, che solo l’affidamento delle concessioni di servizi aventi un “interesse transfrontaliero certo” è soggetto ai principi del suddetto trattato. Più esplicito è il 23° considerando della stessa direttiva, il quale prevede che le relative disposizioni dovrebbero *«applicarsi unicamente ai contratti di concessione il cui valore sia pari o superiore a una determinata soglia, che dovrebbe riflettere il chiaro interesse transfrontaliero delle concessioni per gli operatori economici con sede in Stati membri diversi da quello dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore»*.

⁽⁸⁸⁾ V. il punto 66 della sentenza in esame nonché le sentenze dello stesso giudice U.E., 14 novembre 2013, causa C-221/12, cit., punto 29, e la giurisprudenza ivi citata, nonché Id., 17 dicembre 2015, cause C-25/14 e C-26/14, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, punto 30, entrambe reperibili in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁸⁹⁾ Su cui v. F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, cit., spec. i §§ 2.1 – 2.2; 3.1 – 3.2; 4.1 – 4.2; 5.1 – 5.2; 6.1 – 6.2.

⁽⁹⁰⁾ Reperibile in <http://www.dre.pt/utitl/getdiplomas.asp?s=sug&iddip=20072012>.

per le Amministrazioni competenti ⁽⁹¹⁾ e chiarisce che l'avvio della procedura avviene su istanza di parte ⁽⁹²⁾.

Per quanto attiene, in particolare, alla procedura di selezione del concessionario, nel sistema portoghese la gara è obbligatoria per alcuni tipi di licenze e per tutte le concessioni ⁽⁹³⁾. Nel primo caso, si stabilisce che le licenze relative all'installazione di strutture per l'erogazione di servizi di assistenza in spiaggia su aree del demanio pubblico devono essere attribuite sulla base di procedure concorsuali ⁽⁹⁴⁾. Peraltro, in caso di occupazione la cui assegnazione sia soggetta a gara, se la procedura competitiva ha ad oggetto una pluralità di usi sul medesimo bene, il confronto dovrà svolgersi in relazione a ciascun titolo abilitativo del quale si chiede il rilascio ⁽⁹⁵⁾. Nella seconda ipotesi, l'art. 24 stabilisce che le concessioni sono attribuite previo procedimento concorsuale ma prevede altresì che le stesse possano essere assegnate direttamente a «*entidades públicas empresariais e às demais empresas públicas*» a mezzo di apposito decreto legge ⁽⁹⁶⁾. Infine, la gara deve essere svolta nel rispetto delle norme relative all'aggiudicazione dei contratti pubblici ⁽⁹⁷⁾.

Tuttavia, la vincolatività del principio di gara è notevolmente ridimensionata in ragione delle previsioni sulla durata e sulla proroga delle concessioni.

⁽⁹¹⁾ Si fa riferimento, tra l'altro: a) *Da inexistência de outros usos efectivos ou potenciais dos recursos hídricos, reconhecidos como prioritários e não compatíveis com o pedido*; b) *Da possibilidade de compatibilizar a utilização com direitos preexistentes* (ovvero all'assenza di altri usi esistenti o potenziali delle risorse idriche che siano prioritari o incompatibili con quelli oggetto della concessione e alla necessità di armonizzare il nuovo uso con eventuali diritti preesistenti).

⁽⁹²⁾ Cfr. anche il successivo art. 11, secondo cui gli interessati alla gestione dei beni possono presentare all'autorità competente una domanda di informazione preventiva (*Pedido de informação prévia*), da cui deve emergere in modo inequivocabile l'identificazione del tipo di uso che si vuole intraprendere (*A identificação rigorosa da utilização pretendida*) e l'indicazione dell'area geografica di interesse (*A indicação exacta do local pretendido, nomeadamente com recurso às coordenadas geográficas*). Successivamente, la richiesta può essere formalizzata e diviene vincolante per l'autorità competente se, entro un anno, il medesimo soggetto che aveva presentato la domanda preventiva presenta gli aggiornamenti istruttori necessari al rilascio del titolo (v., in tal senso, il comma 4 dello stesso art. 11, secondo cui «*A informação prévia vincula a entidade competente desde que o pedido de emissão do título seja apresentado no prazo de um ano a contar da data da sua notificação, excepcionalmente prorrogável por decisão fundamentada, sem prejuízo dos condicionalismos resultantes quer do respeito pelas regras do concurso quer das decisões ou pareceres, dotados de carácter vinculativo, emitidos posteriormente no âmbito do licenciamento*»).

⁽⁹³⁾ Si tratta di uno dei decreti attuativi delle disposizioni inerenti le funzioni di gestione del demanio marittimo contenute, a livello di fonti primarie, nella *Lei* n. 54 del 15 novembre 2005 sulla titolarità delle risorse idriche e nella *Lei* n. 58 del 29 dicembre 2005 (c.d. *Lei da Água*). In particolare, la *Lei* n. 54/2005 chiarisce che il *domínio público hídrico* comprende il demanio marittimo, il demanio lacustre e fluviale e il demanio delle c.d. restanti acque, come, ad es., le acque sotterranee (art. 2, co. 1) e che la titolarità del primo gruppo di beni appartiene allo Stato (art. 4). Pertanto, a differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento, nel quale il demanio marittimo è distinto dal demanio idrico (v. art. 822 c.c.), nel sistema portoghese la legislazione disciplina la categoria quale specie del più ampio demanio idrico, che comprende le diverse tipologie di acque pubbliche di proprietà statale.

⁽⁹⁴⁾ Cfr., in tal senso, l'art. 21, comma 1, lett. c), del decreto – *lei* n. 226-A/2007, che prevede la procedura concorsuale per «*Instalação de apoios de praia nos terrenos do domínio público*».

⁽⁹⁵⁾ Cfr. il comma 3, dell'art. 21, cit, secondo cui «*No caso de a ocupação do domínio público hídrico sujeita a concurso estar associada a outra utilização dos recursos hídricos, o concurso incidirá sobre a totalidade das utilizações*».

⁽⁹⁶⁾ V. al riguardo l'art. 24, comma 1 del decreto – *lei* n. 226-A/2007.

⁽⁹⁷⁾ In tal senso v. l'art. 24, comma 3 del decreto – *lei* n. 226-A/2007.

Infatti, l'art. 25 del *decreto – lei n. 266-A/2007* dispone che la durata massima delle concessioni sia di settantacinque anni e che, entro questo limite, la stessa sia fissata caso per caso in relazione alla dimensione degli investimenti associati all'uso del bene ed alla loro rilevanza economica ed ambientale ⁽⁹⁸⁾. In questo Paese viene, quindi, in concreto rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione competente la decisione sulla durata delle concessioni, peraltro (come si è detto) con riferimento ad un intervallo temporale molto ampio e con tutto ciò che ne può derivare, anche in considerazione dei differenti assetti tra regione e regione.

Inoltre, analogamente a quanto avveniva nel sistema italiano con il c.d. "diritto di insistenza" ⁽⁹⁹⁾, la disciplina portoghese ammette che il precedente concessionario possa esercitare un diritto di prelazione nel momento in cui si procede alla riassegnazione del titolo. In particolare, l'art. 21, comma 8, del decreto citato prevede che il concessionario uscente, entro un anno dalla scadenza del titolo, possa manifestare all'Amministrazione competente il proprio interesse a continuare ad utilizzare il bene, avendo diritto ad essere preferito rispetto ad altri concorrenti, a condizione che, entro dieci giorni dall'aggiudicazione della gara, comunichi di accettare le condizioni dell'offerta selezionata come vincitrice dall'Amministrazione ⁽¹⁰⁰⁾. Si tratta, però, di previsione che pone dei dubbi di compatibilità con i suddetti principi comunitari posti a tutela della concorrenza ⁽¹⁰¹⁾. Il diritto di prelazione riservato ai precedenti concessionari comporta, infatti, uno sfavore evidente nei confronti dei partecipanti alla procedura concorsuale e, particolarmente, nei confronti degli aggiudicatari. Peraltro, non si colgono,

⁽⁹⁸⁾ Cfr., in particolare, il comma 2, ove si legge: «*O prazo da concessão, que não pode exceder 75 anos, é fixado atendendo à natureza e à dimensão dos investimentos associados, bem como à sua relevância económica e ambiental*».

⁽⁹⁹⁾ Come già ricordato (nel § 5), l'istituto era previsto dall'art. 37, comma 2, del Codice della navigazione, ai sensi del quale era «*data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*». In adeguamento alle richieste poste dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2008/4908, con la quale sono state sollevate questioni di compatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana in materia di concessioni demaniali marittime nonché delle conseguenti iniziative legislative regionali, tale disposizione è stata abrogata, in sede di conversione, dall'art. 1, co. 18 del d.l. n. 194/2009. Nella medesima direzione si era mossa, come si è visto anche la Corte costituzionale: con le sentenze nn. 180 e 340 del 2010 e n. 213/2011 sono, infatti, state dichiarate incostituzionali alcune disposizioni regionali mediante cui erano state introdotte proroghe alle concessioni demaniali in essere, giudicate in contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza (v. le decisioni citate nel § 6). Per più ampi approfondimenti in merito ai sistemi regionali in materia di demanio marittimo, si rinvia al contributo di F. GUALTIERI, *La regolamentazione regionale e locale, tra pianificazione e gestione*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *op cit.*, 71 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ L'art. 21, comma 8, cit., dispone testualmente che «*Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 34º, o anterior titular pode manifestar à autoridade competente o interesse na continuação da utilização, no prazo de um ano antes do termo do respectivo título, gozando de direito de preferência, desde que, no prazo de 10 dias após a adjudicação do procedimento concursal previsto no n.º 3 ou no n.º 4 comunique sujeitar-se às condições da proposta seleccionada*».

⁽¹⁰¹⁾ V., su tali aspetti, N. RANGONE, *Uso imprenditoriale del demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *op. cit.*, 199-204.

nelle disposizioni in questione, altre motivazioni evidenti di tale preferenza se non l'essere stati destinatari di una pregressa assegnazione ⁽¹⁰²⁾.

10. Segue: Il sistema spagnolo di gestione del demanio marittimo previsto dalla *Ley de Costas*: la procedura competitiva come modello alternativo all'affidamento diretto senza gara e l'ampia durata dei rapporti concessori in funzione dell'uso sul bene. L'ipotesi di un sistema a "doppio binario", che contempli una proroga delle concessioni demaniali in essere, accompagnata dalla messa all'asta delle sole spiagge non assegnate e la sua difficile applicazione in Italia. Necessità di un "bilanciamento" tra principi della concorrenza ed esigenze di tutela dei regimi di proprietà degli Stati membri dell'U.E.

Dubbi di compatibilità con l'ordinamento dell'U.E. emergono, con particolare evidenza, anche in relazione al sistema spagnolo.

Per un inquadramento storico-sistematico della disciplina di settore, va ricordato che in Spagna, dopo una disattenta politica di urbanizzazione delle coste, che ha provocato la costruzione sconsiderata nelle aree costiere più pregevoli del Paese, nel 1988, il Governo ha emanato la *Ley de Costas* ⁽¹⁰³⁾, che disciplina e tutela l'ambiente costiero iberico ⁽¹⁰⁴⁾. In particolare, questa legge ⁽¹⁰⁵⁾ prevede due atti abilitativi nell'uso del demanio marittimo terrestre: le autorizzazioni e le concessioni. Quanto alle prime, le richieste di autorizzazione devono essere riferite alle strutture ed attività disciplinate dalle norme

⁽¹⁰²⁾ Diversa è l'ipotesi in cui il titolare della concessione in assegnazione manifesti all'autorità competente il suo interesse di continuare l'originario uso del bene in via temporanea durante lo svolgimento della gara. In questo caso, infatti, la durata del titolo abilitativo può eccezionalmente essere prorogata fino al termine della procedura competitiva, non potendo in nessun caso tale proroga essere superiore a cinque anni: cfr. l'art. 24, comma 8, del decreto citato, secondo cui «*Se o antigo titular manifestar à autoridade competente o interesse na continuação da utilização, o prazo do título de utilização pode ser excepcionalmente prorrogado até à decisão final do procedimento concursal, não podendo, em qualquer caso, a referida prorrogação exceder o prazo máximo de cinco anos*».

⁽¹⁰³⁾ Il testo legislativo è consultabile in <http://noticias.juridicas.com>.

⁽¹⁰⁴⁾ Si tratta di una legge particolarmente importante per il sistema spagnolo poiché direttamente attuativa degli artt. 132, commi 1 e 3, della Costituzione spagnola (pubblicata nel BOE n. 311 del 29 dicembre 1978 e reperibile su www.boe.es), i quali rimettono alla fonte legislativa, l'individuazione delle regole utili all'amministrazione, alla difesa e alla conservazione dei beni, compresi nel patrimonio statale e nazionale (comma 3) nonché il regime giuridico del demanio statale e degli enti territoriali, sulla base dei principi costituzionali di inalienabilità, imprescrittibilità e impignorabilità (comma 1).

⁽¹⁰⁵⁾ Su cui v. M. JESÚS MONTORO CHINER, *La Ley de Costas. Un proyecto viable?*, in *Civitas*, 1988, 58, 181 ss.; A. MORENO CÁNOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Madrid, 1990; J.R. CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Pamplona, 1995; Av.Vv., *La Ley de costas y su reglamento*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2000; J. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Madrid, 2000; P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Playas y costas en el derecho español. A Propósito de la Ley de Costas de 1988*, Barcelona, 2010 (in specie, il cap. IV); ID., *Comentarios a la ley de costas: doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2003 (in specie 312 e ss.). Con riferimento al concetto di demanio marittimo accolto dalla *Ley de Costas*, come emergente anche dalle esposizioni dei motivi del progetto di legge pubblicati insieme al provvedimento, v. J.L. MEILÁN GIL, *El concepto de dominio público marítimo – terrestre en el Proyecto de Ley de Costas*, in *Rev. esp. Der. Adm.*, 1989, 59, 361 ss.

generali e possono essere oggetto di informativa pubblica se così prevedono specifiche disposizioni regolamentari ⁽¹⁰⁶⁾.

Relativamente alla scelta del contraente, il sistema spagnolo ammette, in via generale, lo svolgimento di procedure concorsuali per il rilascio delle concessioni. Tuttavia, l'art. 75, comma 1, della *Ley de Costas* ⁽¹⁰⁷⁾ rimette alla discrezionalità dell'Amministrazione concedente ⁽¹⁰⁸⁾ la decisione relativa alla convocazione della gara e stabilisce che nelle selezioni debbano essere rispettati i principi di pubblicità, obiettività, imparzialità, trasparenza e concorrenza.

Anche nel sistema spagnolo, l'affidamento delle concessioni non avviene, dunque, necessariamente sulla base di una gara pubblica. Tuttavia, se l'Amministrazione si orienta in tal senso e se l'avvio del procedura selettiva avviene dopo che un interessato ha già espresso la propria istanza di ottenere la gestione di un certo bene, ad esso è riconosciuto il diritto, in caso di mancata aggiudicazione della gara, di ottenere la copertura dei costi del progetto già presentato, in forma determinata a mezzo di regolamento ⁽¹⁰⁹⁾. Inoltre, se nessuna delle offerte proposte durante la procedura competitiva presenta tutte le condizioni che l'Amministrazione ritiene necessarie per il rilascio del titolo, la gara può essere dichiarata deserta, analogamente all'ipotesi in cui non fosse pervenuta alcuna offerta ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ V., sul punto, l'art. 52, commi 1 e 2. In precedenza, la disposizione faceva riferimento al disposto dell'art. 34, comma 1, della stessa legge, il quale individuava alcune materie rispetto alle quali lo Stato aveva competenza a determinare, nel rispetto delle funzioni rimesse alle *comunidades autónomas*, i principi generali in alcuni ambiti relativi alla gestione delle coste (come, ad es., i servizi temporanei di spiaggia o il regime di uso dei litorali in relazione alla sicurezza dei bagnanti): ma tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale con sentenza del Tribunal Constitucional 149/1991, 4 julio («B.O.E.» 29 julio), «*en consecuencia, todas las referencias que a las normas aprobadas de acuerdo con él se hacen en los artículos 47.3; 52.1; 53.1; 57.2; número 4 de la disposición transitoria tercera y en la disposición final primera*».

⁽¹⁰⁷⁾ Come modificato dall'art. 30, comma 3, della *Ley de 22 de diciembre* 2009, n. 25, reperibile in <http://noticias.juridicas.com>.

⁽¹⁰⁸⁾ In generale, sul riparto delle funzioni amministrative in tema di coste e sul loro esercizio, vedi L. PÉREZ CONEJO, *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Comares, Granada, 1999 e J. JUSTE – RUIZ – V. BOU, *Towards integrated management of the coasts and the costal waters in Spain*, in N. GRECO (a cura di), *Le risorse del mare e delle coste. Ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, cit., spec. 143 – 144. Con particolare riferimento all'impatto che la frammentazione delle competenze legislative ed amministrative ha sulla gestione delle coste e del litorale, v. E. GARCÍA - TREVIANO GARNICA, *El régimen jurídico de las costas españolas: la concurrencia de competencias sobre el litoral. Especial referencia al informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado*, in *Rev. adm. púb.*, 1997, 144, 97 ss. Sul rapporto tra la disciplina del demanio contenuta nella *Ley de Costas* e le funzioni in materia di diritto urbanistico, v. I. BORRAJO INIESTA, *La incidencia de la Ley de Costas en el Derecho urbanístico*, in *Rev. adm. aúb.*, 1993, 130, 131 ss., e J. AGUDO GONZÁLEZ, *Terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre: transcendencia urbanística del régimen transitorio de la Ley de costas, a los 20 años de su entrada en vigor*, in *Práct. urb.*, 2008, 75, 23 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., in tal senso, l'art. 75, comma 2, il quale prevede che «*Si la convocatoria del concurso se produjese durante la tramitación de una solicitud de concesión o autorización, el interesado tendrá derecho, en caso de no resultar adjudicatario del título, al cobro de los gastos del proyecto, en la forma que se determine reglamentariamente*».

⁽¹¹⁰⁾ Così dispone l'art. 75, comma 3, della *Ley de Costas*. Va anche aggiunto che, in base a quanto previsto dall'art. 67 della legge citata, prima di accogliere la domanda di concessione, lo Stato deve chiarire con informativa pubblica le condizioni richieste al concessionario, senza la cui accettazione espressa il titolo abilitativo non può essere rilasciato. Al termine della procedura, la documentazione relativa potrà essere inviata al *Departamento*

Le concessioni sono trasmissibili per atti tra vivi e *mortis causa* ⁽¹¹¹⁾ e, in caso di morte del concessionario, i suoi successori potranno subentrare nei diritti e obbligazioni di questo, a condizione che informino espressamente l'Amministrazione della morte e della loro volontà di subentrare al titolare della concessione, entro il termine di quattro anni, decorso il quale, in assenza di una espressa manifestazione all'autorità concedente, la concessione si estingue ⁽¹¹²⁾.

Per quanto attiene alla durata dei rapporti concessori, la *Ley de Costas* pone le basi per una loro differenziazione, ammettendo che la stessa sia fissata in via regolamentare, in funzione degli usi sui beni. In particolare, il termine massimo – già fissato in trenta anni nel testo previgente della *Ley de Costas* – è stato recentemente elevato a settantacinque anni dalla riforma intervenuta nel 2013 ⁽¹¹³⁾, prorogabili per ulteriori settantacinque anni, in forza di quanto disposto dall'art. 2, comma 3 (*apartado tercero del artículo 2*), della *Ley 2/2013*, che ha modificato sul punto la *Ley de Costas* ⁽¹¹⁴⁾.

Un'eccezione a questo meccanismo si ha per lo specifico caso di una concessione che abbia ad oggetto un'attività legata ad un'altra concessione, finalizzata allo sfruttamento di risorse minerarie o energetiche e rilasciata dallo Stato per un periodo più lungo del termine sopra indicato. In tale evenienza, il concessionario ha il diritto ad ottenere una nuova concessione demaniale per un periodo pari alla parte restante di validità della concessione di sfruttamento, ma, in nessun caso, può essere superiore a settantacinque anni ⁽¹¹⁵⁾.

Ebbene, l'ipotesi su cui potrebbe essere trovata la convergenza, anche in Italia, potrebbe, in qualche modo, avvicinarsi ai modelli spagnolo ⁽¹¹⁶⁾ e portoghese, che finora non sono stati oggetto di procedure

ministerial competente e dovrà in ogni caso essere resa pubblica. La disposizione conclude affermando che «Si el concesionario impugna las cláusulas que fueron aceptadas por él, la Administración estará facultada para declarar extinguido el título, salvo cuando aquéllas fueren ilegales».

⁽¹¹¹⁾ Analogamente al sistema italiano, ove si prevede che il concessionario possa anche sostituire altri nel godimento della concessione, chiedendone, però, l'autorizzazione all'autorità concedente: v. l'art. 46, comma 1, del Codice della navigazione (approvato con R.D. 30 marzo 1942, n. 327).

⁽¹¹²⁾ V., in tal senso, l'art. 70, comma 2, della *Ley de Costas*, come modificato dalla *Ley 2/2013*, de 29 de mayo, «de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas», in <http://www.ccelpa.org>, su cui *infra*, nel testo. In Italia il termine per la conferma della concessione agli eredi è molto più breve: appena sei mesi.

⁽¹¹³⁾ L'art. 66, come modificato dall'art. 1, comma 21, della *Ley 2/2013*, citata nella nota precedente, prevede, infatti, che la durata massima delle concessioni sia stabilita in ragione delle finalità alle quali queste ultime sono destinate e che in nessun caso possa superare i settantacinque anni.

⁽¹¹⁴⁾ La norma citata prevede che «La duración de esta prórroga en ningún caso excederá de setenta y cinco años», aggiungendo che si potrà anche fissare una proroga di durata più breve o prevedere proroghe successive entro tale limite temporale. Sulla tale nuova disciplina v. E. DESDENTADO DAROCA, *La reforma de la Ley de Costas por la Ley 2/2013: ¿Una solución adecuada al problema de los enclaves privados?*, in *Rev. Adm. Públ.*, 2014, spec. 72 ss.

⁽¹¹⁵⁾ V. l'art. 66, comma 3 della *Ley de Costas*.

⁽¹¹⁶⁾ Si ricordi, al riguardo, che la sentenza del Tribunal Constitucional (Tribunale costituzionale del Regno di Spagna), 13 novembre 2015, in www.tribunalconstitucional.es, ha ritenuto infondate, in relazione alla direttiva “servizi” (2006/123/CE), le questioni di costituzionalità sollevate nei riguardi della *Ley de Costas*, nella parte in cui concede una proroga straordinaria ai concessionari dei beni demaniali marittimi. Anche se la sentenza in

di infrazione, ancorché, plausibilmente, ne sia stata evidenziata una disparità di trattamento rispetto al nostro sistema interno, più volte finito sotto “la lente di ingrandimento”, prima della Commissione, poi della Corte di Giustizia U.E. ⁽¹¹⁷⁾. In questa prospettiva, tra gli stessi operatori del settore, è stata avanzata l’ipotesi di un sistema a «*doppio binario*», che contempli una proroga delle concessioni demaniali in essere (magari per una durata massima di 20 o 30 anni, comunque, inferiore ai 75 anni previsti da Spagna e Portogallo), accompagnata dalla messa all’asta delle sole spiagge non assegnate ⁽¹¹⁸⁾. Rispetto alle precedenti ipotesi ⁽¹¹⁹⁾, quella appena prospettata rischia, però, di confliggere con la sentenza della

questione ha effetti limitati nell’ambito dell’ordinamento spagnolo, nondimeno la stessa contiene dei principi giuridici informativi dell’ordinamento europeo, suscettibili di generale applicazione, almeno laddove si osservi che le argomentazioni del Tribunal Constitucional sono, in parte, sovrapponibili a quelle illustrate nelle memorie di parte ricorrente nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia U.E., poi riprese dallo stesso giudice U.E., nella sentenza dello scorso luglio, con cui è stata decisa la medesima questione pregiudiziale. Ha osservato, in particolare, il Tribunal Constitucional che, nel caso di affidamento di beni pubblici (demaniali o patrimoniali), non si ha una concessione di un bene produttivo, ma l’affidamento, equiparabile ad una locazione di diritto comune, di un bene pubblico, il quale assurge ad ambito spaziale dell’attività del concessionario («*un título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad*»). Analogamente, nella citata sentenza della Corte di Giustizia si osserva che: «*Tali concessioni possono quindi essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica*» (v. il punto 41). Ma le similitudini tra la sentenza della Corte di Giustizia e le argomentazioni utilizzate dal Tribunal Constitucional non finiscono qui: si veda, al riguardo, la nota dell’avv. Ettore Nesi, inviata al Presidente nazionale di CNA Balneatori in merito alla sentenza del Tribunal Constitucional, 13 novembre 2015, cit., pubblicata in www.cnabalneatori.it, comunicato stampa del 18 novembre 2015.

⁽¹¹⁷⁾ Su tali profili si è soffermato, con argomentazioni di ampio respiro, G. PIPERATA, nel suo intervento, in qualità di *discussant*, al Convegno di Studi «*Affidamento e certezza del diritto: dialoghi tra dottrine e giurisprudenze*», cit., tenutosi presso la Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Padova, nei giorni 23 e 24 giugno 2016, i cui Atti sono in corso di pubblicazione. Tra gli operatori del settore che hanno evidenziato la disparità di trattamento tra la disciplina italiana e quella spagnola e portoghese v., in particolare, la nota di Assobalneari Italia dell’8 luglio 2016, intitolata «*La situazione italiana ha dell’incredibile*» pubblicata in www.levantenews.it nonché il contributo, a firma del Presidente della medesima Associazione, F. LICORDARI, *La disparità di trattamento tra i balneari di Italia, Spagna e Portogallo*, reperibile in www.mondobalneare.com, 15 luglio 2016. D’altro canto, non pare potersi escludere con assoluta certezza, in futuro, una procedura di infrazione nei confronti di Spagna o Portogallo: cfr., in proposito, la risposta di Elżbieta Bieńkowska a nome della Commissione europea all’interrogazione parlamentare del 22 luglio 2015, ove, premettendo che la «*Commissione segue da vicino la situazione in Spagna ed attende i risultati della procedura portata avanti in sede di Corte costituzionale prima di assumere una posizione finale nel merito*» (si tratta della questione di legittimità costituzionale della *Ley de Costas* sollevata dinanzi al Tribunal Constitucional e rigettata dallo stesso Tribunal con la sentenza del 13 novembre 2015, cit.), si afferma che «*La Commissione assicurerà un’applicazione coerente della normativa unionale alle situazioni identiche a quelle riscontrabili in Italia e in Spagna*».

⁽¹¹⁸⁾ Si veda, al riguardo, S. PIERACCINI, *Spiagge, si studia il modello Spagna*, in www.ilsole24ore.com, 4 marzo 2016. Cfr., inoltre, la petizione promossa da Cna Balneatori, con la quale si richiede al governo e al parlamento italiano, accanto ad una più ampia riforma dell’intera materia delle concessioni demaniali marittime, attraverso l’introduzione del sistema del c.d. «*doppio binario*» (aste solo per le nuove concessioni e proroga «*di lunga durata*» per le concessioni demaniali in essere), l’inserimento, già nella legge di stabilità per il 2016, di una nuova «*disciplina dei canoni demaniali e delle imposte connesse, al fine di renderli equi e sostenibili per tutte le imprese, risolvendo così il problema degli attuali concessionari pertinenziali, costretti a sopportare oneri economici che hanno raggiunto valori insostenibili*» nonché «*una congrua proroga del termine di scadenza delle concessioni*» (il testo integrale della petizione è disponibile in www.mondobalneare.com/news).

⁽¹¹⁹⁾ Delineate nel § 10.

Corte di Giustizia del 14 luglio scorso ⁽¹²⁰⁾: ove questa proposta si traducesse in una soluzione normativa, l'Italia potrebbe, cioè, rischiare di subire una ulteriore procedura di infrazione ovvero un ricorso per inadempimento alla stessa Corte di Giustizia.

Anche per tale ragione, la strada si presenta impervia, e presuppone, forse, una “concertazione” o, comunque, un accordo con l’U.E., nel cui ambito si dovrà anche chiarire la questione del riconoscimento – in caso di subentro di un nuovo concessionario per effetto della gara – degli investimenti sostenuti da quello uscente e dell’avviamento da monetizzare: un terreno su cui Governo, Regioni e balneari italiani appaiono ancora distanti ⁽¹²¹⁾.

Al di là di questi brevi spunti di riflessione, quel che appare certo è che occorre individuare un meccanismo rispettoso, in primo luogo, dei principi della concorrenza, evitando, però, al contempo, di imporre soluzioni che possano comportare per gli Stati membri una eccessiva limitazione ai loro regimi di proprietà, sicuramente estranea ai canoni ammessi dalla giurisprudenza europea: un obbligo del genere potrebbe costituire, rispetto allo scopo perseguito dalle Autorità pubbliche con le concessioni demaniali marittime, un intervento sproporzionato e, quindi, inaccettabile nei confronti delle loro prerogative di titolari di un diritto di proprietà, che verrebbe, nella sua sostanza, compromesso.

⁽¹²⁰⁾ Ci si riferisce alla sentenza Corte giust. U.E., sez. V, 14 luglio 2016, cause 458/14 e C-67/15, cit., su cui v., *supra*, §§ 8 e 9.

⁽¹²¹⁾ Cfr., in proposito, l’«Ordine del giorno in materia di concessioni demaniali marittime», approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 20 ottobre 2016 (pubblicato in www.regioni.it), con cui si chiede al Governo «che ragguagli il sistema delle Regioni sull’evoluzione degli incontri con la Commissione europea in merito all’applicazione della direttiva Bolkestein». Nel contempo si sollecita il Governo affinché « avvii in tempi rapidi un confronto con le Regioni e gli altri livelli istituzionali sui contenuti dei provvedimenti normativi, da adottarsi con le intese richieste, affinché si dia certezza a un comparto produttivo fondamentale per l’economia del Paese, che versa ormai da troppo tempo in uno stato di incertezza ».