

CRONACA DI UN'INCOMPATIBILITÀ ANNUNCIATA NEL CASO PROMOIMPRESA: SECONDO L'AVVOCATO GENERALE SZPUNAR LA DIRETTIVA BOLKESTEIN OSTA AL RINNOVO AUTOMATICO DEI DIRITTI ESCLUSIVI DI SFRUTTAMENTO DEI BENI DEL DEMANIO PUBBLICO MARITTIMO E LACUALE IN ITALIA

Il 25 febbraio scorso sono state pubblicate le [conclusioni dell'avvocato generale Szpunar](#) nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, che hanno preso avvio dalle domande pregiudiziali sollevate da due giudici italiani, il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna e quello per la Lombardia. La questione sottoposta alla Corte di giustizia verte sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea della proroga automatica dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia, prevista (ad oggi) fino al 2020.

Detto rinvio pregiudiziale costituisce invero solo il tassello più recente di una vicenda che ha già interessato la disciplina italiana sulle concessioni demaniali. Occorre ricordare in proposito che in Italia i beni facenti parte del demanio pubblico marittimo sono regolati dal [codice della navigazione](#) del 1942, il quale prevede all'art. 36 che gli stessi possano costituire oggetto di una concessione. Recentemente, la citata disciplina è stata, tuttavia, oggetto di un parziale ripensamento nella parte in cui si poneva in contrasto con la libera concorrenza, la libera prestazione di servizi e lo stabilimento. A causa di tale normativa, infatti, su segnalazione dell'AGCM ([AS481 del 20 ottobre 2008](#)), era stata aperta una procedura di infrazione (n. 2008/4908) con particolare riferimento alla previsione, nel suddetto codice (specificatamente all'art. 37, par. 2), di un «diritto di insistenza», vale a dire un diritto di preferenza per il concessionario uscente in caso di rinnovo della concessione, nonché, all'art. 01, comma 2, del [decreto legge n. 400/1993](#), di un rinnovo automatico di sei anni in sei anni delle concessioni demaniali in scadenza.

Per mettere fine all'infrazione, il legislatore italiano ha quindi provveduto ad abolire il diritto di insistenza nel 2009, con il [decreto legge n. 194](#), e, successivamente, il diritto al rinnovo automatico, con la legge comunitaria del 2010; con l'occasione ha tuttavia introdotto una proroga delle concessioni demaniali marittime inerenti attività turistico-ricreative già esistenti fino al 31 dicembre 2012, periodo poi esteso in sede di conversione fino al 31 dicembre 2015 e, da ultimo, con il [decreto legge n. 179 del 2012](#), fino al 31 dicembre 2020.

La Corte di giustizia è stata per l'appunto chiamata a valutare la sostanziale compatibilità con gli articoli 49 TFUE, 56 TFUE e 106 TFUE, nonché con l'articolo 12 della [direttiva 2006/123](#) – trasposta nel diritto italiano dal [decreto legislativo n. 59 del 2010](#) –, di siffatte proroghe nelle cause che vedono

coinvolgendo alcuni gestori sardi e la Promoimpresa operante sul lago di Garda. Secondo i giudici *a quibus*, infatti, il susseguirsi di norme legislative che spostino automaticamente in avanti il termine di scadenza delle concessioni demaniali, sottraendo, in modo reiterato, l'assegnazione in concessione del bene demaniale al confronto competitivo tra gli operatori, creerebbe una restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, oltre a porsi in palese contrasto con il principio di tutela della concorrenza. Sotto altra angolazione, una proroga così congeniata determinerebbe la consolidazione di posizioni di sostanziale monopolio nello sfruttamento economico del bene stesso, in palese violazione dei principi sottesi alla realizzazione del mercato unico e del canone della parità di trattamento tra gli operatori economici del settore.

Le preoccupazioni dei giudici nazionali trovano conferma nelle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, il quale non ha dubbi nel ritenere il sistema del rinnovo automatico in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Scartata rapidamente la tesi secondo cui le concessioni demaniali marittime e lacuali di cui trattasi dovrebbero essere qualificate come locazioni commerciali e non come autorizzazioni (è evidente infatti che il rilascio di una concessione subordina l'accesso all'attività, né la forma del contratto di locazione a livello nazionale può in alcun modo incidere sulla qualificazione di detto sistema come regime di autorizzazione), l'avvocato generale si sofferma sulla delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme che regolano le concessioni di servizi, rispetto a quello delle disposizioni relative all'autorizzazione all'attività di servizi.

La questione assume (un certo) rilievo in quanto le concessioni demaniali marittime e lacuali, in linea di principio, potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione non già delle disposizioni della direttiva 2006/123, bensì dei principi e delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

Ribadito che la qualificazione dei contratti in questione nel diritto dell'Unione europea non può che essere autonoma, l'avvocato generale propende per la tesi secondo cui le concessioni marittime e lacuali devono essere intese come autorizzazioni, come tali rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva servizi.

Ciò sulla base del *discrimen* tra obbligo o meno di servizio. Una concessione di servizi è caratterizzata, infatti, dalla circostanza che l'autorità nazionale affidi l'esercizio di un'attività di servizio – la cui prestazione normalmente incomberebbe alla stessa – al concessionario, *obbligandolo* a prestare il servizio *determinato*, la cui esecuzione è soggetta a *specifici requisiti* definiti dall'amministrazione aggiudicatrice. Esulerebbero dalla nozione di concessione, invece, le autorizzazioni o le licenze, qualora l'operatore economico rimanga libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi, come confermerebbe del resto il considerando n. 14 della nuova direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione [2014/23](#).

L'esercizio di attività economiche turistico-ricreative all'interno di una zona balneare che implica l'utilizzo esclusivo del demanio pubblico, presenta esattamente tali caratteristiche, cosicché non potrebbe essere intesa come una concessione rilevante in materia di appalti pubblici (tutto il

ragionamento è portato avanti ai punti da 62 a 68).

La valenza nell'economia del giudizio del *discrimen* appena tracciato è del resto in una certa misura depotenziata dalle riflessioni successive dell'avvocato generale. Egli aggiunge infatti al punto immediatamente successivo (punto 69) che, anche nell'ipotesi in cui siffatte concessioni dovessero essere intese come «concessioni di servizi», ad ogni modo troverebbero applicazione le regole fondamentali del Trattato ed i principi che ne derivano sarebbero essenzialmente i medesimi, trattandosi di attività economiche di interesse transfrontaliero certo. In chiusura (punti 111-114), poi, l'avvocato generale ha modo di tornare di nuovo in argomento, sottolineando che, anche prescindendo dall'applicabilità delle disposizioni della direttiva 2006/123, la proroga contrasterebbe in ogni caso con i requisiti derivanti dall'articolo 49 TFUE. Viene infatti chiarito come le autorità pubbliche, quando rilascino concessioni di servizi idonee ad interessare operatori economici aventi sede in altri Stati membri, siano tenute a rispettare le norme fondamentali dei Trattati, in particolare l'art. 49 TFUE, ivi compreso l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Un provvedimento nazionale che comporti il rinvio dell'assegnazione di una nuova concessione mediante una procedura non trasparente costituisce pertanto una discriminazione indiretta vietata, in linea di principio, già dall'art. 49 TFUE.

Accertata l'applicabilità della direttiva 2006/123 al caso di specie, l'avvocato generale si sofferma sull'interpretazione del suo art. 12, riguardante il regime di rilascio delle autorizzazioni il cui numero sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali – come quelle qui in rilievo – ai sensi del quale, in tale ipotesi, le autorizzazioni devono essere rilasciate mediante una procedura di selezione imparziale e trasparente, per una durata limitata, e non possono prevedere un rinnovo automatico. L'obiettivo è evidentemente quello di assicurare che l'attività che implica un numero di operatori limitato a causa della scarsità delle risorse rimanga aperta alla concorrenza e, pertanto, potenzialmente accessibile ai nuovi prestatori di servizi (punto 79).

Alla luce di siffatta interpretazione, è evidente come una proroga *ex lege* delle autorizzazioni rilasciate prima della trasposizione della direttiva 2006/123, non garantendo una procedura trasparente e costituendo espressione di un rinnovo automatico, debba considerarsi in aperto contrasto con il citato art. 12.

La questione che si pone è quindi semmai se, a giustificazione di una misura transitoria in deroga all'obbligo di procedura di selezione imparziale e trasparente, lo Stato in causa possa invocare il principio di certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento, inteso qui come legittima aspettativa dei concessionari di vedersi rinnovare automaticamente le autorizzazioni in virtù della normativa applicabile all'epoca del loro rilascio e fino all'emanazione del decreto legge n. 194/2009.

A tal proposito l'avvocato generale rileva, innanzitutto, che gli interessi legittimi dei titolari delle autorizzazioni di ammortizzare gli investimenti effettuati sono già stati presi in considerazione dal legislatore dell'Unione, avendo quest'ultimo previsto, all'art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123, che le autorizzazioni debbano avere una durata adeguata qualora il loro numero sia limitato a causa della scarsità delle risorse, durata che deve essere fissata, alla luce del considerando 62 della medesima

direttiva, in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti.

Il punto centrale sembra essere comunque un altro. Se è vero che l'art. 12, par. 3, della direttiva 2006/123 prevede la possibilità per gli Stati membri di invocare considerazioni connesse a motivi imperativi di interesse generale nello *stabilire le regole della procedura* di selezione dei beneficiari, tale disposizione non consente agli Stati membri di invocare dette considerazioni per *esimersi dall'organizzare* una siffatta procedura (punto 91).

Del resto, la giustificazione relativa al principio della tutela del legittimo affidamento non può prescindere da una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia confidato legittimamente nel rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti. A tal proposito l'avvocato generale ha cura di sottolineare un dato fattuale importante: guardando alle date di rilascio delle autorizzazioni in rilievo nel caso di specie emerge infatti come l'applicazione del principio di trasparenza in materia di concessioni fosse già costante, consentendo così ai titolari di prevedere l'importo dei loro investimenti in funzione di una durata di ammortamento conosciuta in anticipo.

In attesa della pronuncia della Corte di giustizia sulla questione e alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale, non può non rilevarsi come l'esclusione *ex lege* di procedure di rinnovo e rilascio delle concessioni basate sulla valutazione delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti, nonché l'assenza di idonea pubblicità della procedura, appaiano *ictu oculi* gravemente lesive della concorrenza e delle libertà di stabilimento e prestazione di servizi e come tale difficilmente giustificabili dallo Stato italiano, anche invocando il principio del legittimo affidamento. Non solo infatti è discutibile la sussistenza di un legittimo interesse delle imprese da un punto di vista giuridico oltre che meramente fattuale, ma risulterebbe altresì assente l'elemento della proporzionalità che deve caratterizzare una misura giustificata da motivi imperativi di interesse generale, avendo lo Stato escluso *tout court* l'organizzazione di una procedura di selezione, invece di limitarsi a stabilirne le regole in modo da tener conto di tale legittimo affidamento.

Se, quindi, risulta difficile immaginare che un intervento nazionale così congeniato possa superare il vaglio del giudice dell'Unione, non sembra, d'altra parte, che vi sia spazio per l'applicazione di una deroga alla messa in gara delle concessioni da parte della Commissione europea. Occorre, infatti, rammentare che, solo un anno fa, la Commissione, nel [rispondere all'interrogazione parlamentare](#) del 21 maggio 2015 che le chiedeva se intendesse "applicare una deroga alla messa in gara delle concessioni a fronte di investimenti con valore pubblico", anche al fine di tutelare le piccole e medie imprese che avevano nel frattempo effettuato cospicui investimenti, era stata chiara nell'escludere l'opportunità di una deroga all'art. 12 della direttiva servizi, facendo valere come la stessa già consenta alle autorità nazionali di tener conto, all'atto della procedura di selezione, dell'impatto delle misure nazionali sull'ambiente costiero.

Pubblicato il: 07/03/2016

Autore: [Francesca Capotorti](#)

Categorie: [articoli](#) ,

Tag: [concessioni demaniali](#), [direttiva servizi](#)

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato