**E’ davvero sceso il sipario sulle concessioni turistico-ricreative?**

1. **I princìpi affermati dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.**

Lo stato dell’arte in materia di concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative è ormai scolpito a chiare lettere in due sentenze del Consiglio di Stato[[1]](#footnote-1), le quali hanno affermato (anche se non definitivamente[[2]](#footnote-2)) tre fondamentali princìpi di diritto:

- che sussiste l’obbligo di affidamento tramite 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”, stabilito a garanzia della concorrenza dall’art. 49 TFUE e dall’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, sui servizi nel mercato interno (c.d. direttiva *Bolkestein*);

- che le disposizioni, normative ed amministrative, di proroga automatica delle concessioni non devono essere applicate dai giudici e dalla pubblica amministrazione, perché violano tale obbligo (e così gli stessi eventuali giudicati intervenuti in tal senso);

- che, onde evitare un grave nocumento all’interesse pubblico e nell’auspicio di un rapido riordino legislativo, le concessioni in essere, violative dell’obbligo, continuano a produrre effetti fino al 31 dicembre 2023.

I criteri delle future procedure competitive, da stabilire con legge statale, dovranno essere proporzionati, non discriminatori ed equi; dunque collegati esclusivamente all’oggetto del contratto ed alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori concorrenti.

Nondimeno, l’art. 12 consente di tenere conto “di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell’ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario”.

In virtù di ciò, secondo l’Adunanza plenaria, i criteri di gara potranno contenere regole che, nel rispetto della *par condicio*, valorizzino l’esperienza professionale ed il *know-how* già acquisiti (anche dal concessionario uscente), la capacità del progetto di interagire con il complessivo sistema turistico-ricettivo territoriale, i maggiori *standard* qualitativi dei servizi offerti, la sostenibilità sociale ed ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da affidare.

E’ inoltre auspicabile che la durata delle concessioni sia commisurata al valore ed alla complessità organizzativa delle stesse, non eccedendo il tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti ed alla remunerazione del capitale investito. Ugualmente, è opportuno che i canoni concessori formino oggetto della gara, in modo che la competizione rifletta il reale valore economico del bene.

Infine, il legittimo affidamento dei concessionari non risultati aggiudicatari potrà essere compensato con la previsione di un indennizzo a carico dell’affidatario, funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati.

Fin qui i princìpi di diritto affermati dal Consiglio di Stato, il quale, come visto, prospetta, come unica soluzione per uscire dall’*impasse*, la celebrazione di gare pubbliche competitive e trasparenti entro il termine del 31 dicembre 2023, con criteri uniformi stabiliti dalla legge nazionale, vertendosi in materia di concorrenza[[3]](#footnote-3).

In questo senso si è mosso il Governo che, agli artt. 2, 2-*bis* e 2-*ter* del disegno di legge delega per il mercato e la concorrenza per l’anno 2022, ha:

- disposto la mappatura delle concessioni esistenti;

- individuato i criteri per l’affidamento delle nuove concessioni o dei rinnovi, in linea con le indicazioni del Consiglio di Stato, tranne che per l’inserimento del valore del canone tra gli elementi di gara.

1. **La ricostruzione logico-giuridica: l’accertamento dell’interesse transfrontaliero certo e della scarsità della risorsa.**

Secondo l’art. 49 TFUE e l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, l’obbligo di gara con garanzia di imparzialità, trasparenza e pubblicità discende dalla sussistenza di almeno uno dei seguenti due requisiti: l’interesse transfrontaliero certo e la scarsità della risorsa gestita.

Le sentenze in esame hanno riscontrato la presenza di entrambi i requisiti, sulla scorta di un accertamento logico-giuridico e di fatto così riassumibile.

L’interesse transfrontaliero certo[[4]](#footnote-4) emerge da due elementi.

Il primo consiste nella natura unitaria del patrimonio costiero italiano, il quale, “per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica … certamente oggetto di interesse transfrontaliero, esercitando una indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri”.

L’interesse, insomma, non va ricercato per ogni singolo bene oggetto di affidamento, ma nel “complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d’affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all’anno, a fronte dei quali l’ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime”.

Del resto, una visione parcellizzata del fenomeno, “oltre a snaturare l’indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all’esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*. Non vi è dubbio, al contrario, che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo”.

Il secondo elemento idoneo a radicare l’interesse transfrontaliero certo è costituito “dall’ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione. A tal proposito, l’art. 45-*bis* cod. nav. consente al concessionario, previa autorizzazione dell’autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell’ambito della concessione stessa)”.

L’appetibilità dell’operazione commerciale sta dunque nel fatto che, “a causa del ridotto canone versato all’amministrazione concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che riflette il reale valore economico e l’effettiva valenza turistica del bene”.

Quanto al requisito della scarsità del bene, esso, secondo il Consiglio di Stato, va inteso “in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della *quantità* del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. E’ sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l’attenzione per verificare se l’attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2023 possa creare una barriera all’ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall’esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente *protetti* dalla proroga *ex lege*”.

Soccorrono, in proposito, “i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture [i quali] rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa *libera* risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque *abbandonata*. A ciò si aggiunge che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita”.

Pertanto, “l’insieme di questi dati già evidenzia che attualmente le aree demaniali marittime (ma analoghe considerazioni valgono per quelle lacuali o fluviali) a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità, ancor più pronunciata se si considera l’ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane, a maggior ragione alla luce della già evidenziata capacità attrattiva delle coste nazionali e l’elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo (che caratterizza l’intero territorio nazionale, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare le singole zone). Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione”.

1. **Margini per una nuova ricostruzione logico-giuridica e per l’affermazione di nuovi princìpi di diritto.**

**3.1. L’interesse transfrontaliero certo.**

Punto necessitato di partenza di quest’analisi è la fondamentale sentenza *Promoimpresa*[[5]](#footnote-5), in tema di concessioni turistico-ricreative italiane, con cui la Corte di giustizia dell’U.E. ha sostanzialmente affermato tre princìpi di diritto:

- che, sussistendo i requisiti della scarsità della risorsa o dell’interesse transfrontaliero certo, il diritto europeo osta ad una norma interna recante la proroga automatica (ossia, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati) delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali per attività turistico‑ricreative;

- che la scarsità della risorsa e l’interesse transfrontaliero certo sono valutati dall’amministrazione concedente in relazione alla singola concessione, spettando poi al giudice nazionale il sindacato su tale apprezzamento;

- che, in presenza di un legittimo affidamento sulla legittimità della proroga, da valutare “caso per caso”[[6]](#footnote-6), al concessionario il cui rapporto sia stato risolto per violazione del diritto europeo, dev’essere assicurato “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”.

In precedenza, anche in relazione alla materia degli appalti pubblici la Corte di giustizia ha affermato il metodo della verifica *singulatim* e non *generaliter* dell’interesse transfrontaliero certo, i cui indici vanno rinvenuti “nell’importo di una certa consistenza dell’appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell’appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell’esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie”[[7]](#footnote-7).

Per come detto, muovendo dalla ricostruzione logico-giuridica e fattuale rilevabile dagli atti di causa, l’Adunanza plenaria ha correlato l’interesse transfrontaliero certo all’intero compendio del nostro patrimonio costiero, piuttosto che a ciascuna singola concessione od a ciascun àmbito turistico.

Quindi, nel dare esecuzione alle due decisioni in esame, il Governo ha innanzitutto programmato di procedere alla mappatura di tutte le concessioni in essere.

La domanda che si pone è, pertanto, la seguente: le risultanze della futura mappatura potrebbero incidere su tale ricostruzione del fatto, nel senso, cioè, di far emergere le disparità di contesto paesaggistico, ambientale, turistico, economico e sociale esistenti tra le varie regioni ed i vari comuni italiani, sì da far riconsiderare l’opinione secondo cui tutti gli 8.000 chilometri di costa italiani abbiano, sotto il profilo oggettivo, un interesse transfrontaliero certo?

Quanto, poi, agli aspetti di carattere economico pure valutati ai fini dell’integrazione del requisito, occorre rammentare che l’Adunanza plenaria già individua, come obiettivi a tendere, la commisurazione della durata della concessione al tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti ad alla remunerazione del capitale investito, nonché la previsione di canoni consoni al reale valore economico e turistico del singolo bene oggetto di affidamento.

Il conseguimento di tali obiettivi, che si è attualizzato nelle intenzioni manifestate dal Governo, determinerà l’eliminazione della rendita di posizione di cui gode il concessionario, il quale può dare in subconcessione, a prezzo di mercato, un bene su cui egli corrisponde un canone risibile.

Verosimilmente, tramontata la rendita di posizione, oggi generalizzata per tutte le concessioni in essere, verrà meno anche il secondo indice sintomatico dell’interesse transfrontaliero certo, non potendo l’intero patrimonio costiero più essere trattato, sotto il profilo economico, come un complesso unitario ed omogeneo di beni.

* 1. **La scarsità della risorsa naturale.**

Per ravvisare il requisito della scarsità della risorsa naturale, l’Adunanza plenaria ha operato un’inversione metodologica rispetto alla verifica dell’interesse transfrontaliero certo, non prendendo più in considerazione l’intero patrimonio costiero esistente, ma la parte di esso attualmente disponibile.

La scarsità della risorsa è stata quindi accertata tenendo presente quel 30-50% “delle coste sabbiose non occupato da stabilimenti balneari” e quindi “suscettibile di essere dato in concessione”.

Anche in tal caso, le risultanze della mappatura delle concessioni messa in cantiere dal Governo potrebbero tornare utili per sovvertire questo dato di partenza.

Ed infatti, la mappatura potrebbe far emergere che, in verità, una considerevole quantità di spiagge dov’è presente uno stabilimento è indisponibile solo *sulla carta* e che è possibile metterle a gara sin da subito, sia pur prevedendo la decorrenza dei nuovi affidamenti a partire dal 1° gennaio 2024.

Ciò in quanto: a) gli atti di proroga automatici vanno disapplicati; b) lo stesso dicasi per gli affidamenti, anche competitivi, effettuati sulla base di leggi come l’art. 37 cod. nav., che escludono una gara conforme ai princìpi europei[[8]](#footnote-8); c) le concessioni rilasciate prima dell’entrata in vigore dell’art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, non essendo soggette a proroga legale, non godono del termine di grazia del 31 dicembre 2023[[9]](#footnote-9).

In questo caso, la domanda è: laddove la mappatura acclarasse l’attuale disponibilità giuridica di una quota significativa del 5.400 chilometri di costa balneabile[[10]](#footnote-10), la risorsa naturale potrà ancora essere qualificata come scarsa, specie in rapporto all’infinitamente inferiore numero di chilometri balneabili degli altri Paesi europei, specie di quelli nordici?

1. **Modelli di gestione ulteriori rispetto alla gara.**

Se a seguito di sopravvenienze fattuali[[11]](#footnote-11) si stabilisse che la risorsa non è sempre scarsa e che l’interesse transfrontaliero non è sempre certo, va compreso se il legislatore possa utilizzare modelli di gestione diversi rispetto alla gara di cui all’art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

Certamente, e sgombrando il campo da facili conclusioni, occorre precisare a viva voce che il modello alternativo non può essere rappresentato dal sistema, non trasparente, dell’affidamento diretto o della proroga automatica.

E’ la sentenza *Promoimpresa* ad escluderlo, laddove afferma 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 TFUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare”.

Ciò non toglie, però, che per le piccole concessioni potrebbe rimanere in vita il modello competitivo di cui all’art. 37 cod. nav., in tema di “concorso di più domande di concessione”, fondato sulla preferenza per chi, tra i vari richiedenti, offra la più proficua utilizzazione ed il più rilevante interesse pubblico del bene, ovvero l’utilizzo di attrezzature non fisse e completamente amovibili a garanzia della tutela dell’ambiente, fatta salva la possibilità di procedere a licitazione privata, qualora le anzidette ragioni di preferenza non ricorrano.

Ben potrebbero essere ammesse, inoltre, forme di gestione non confliggenti con le regole europee di tutela del mercato, come la società mista, la società *in house*, il partenariato pubblico-privato, il progetto di finanza, l’accordo di programma.

Infine, ove si dimostri che la gara non sia l’unico sbocco utile e che, quindi, la tutela della concorrenza non costituisca l’unico àmbito di produzione normativa possibile, si aprirebbe uno spazio di manovra per il legislatore regionale, all’interno delle materie, di competenza legislativa concorrente, della valorizzazione dei beni ambientali e del governo del territorio, rispetto alle quali “spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei princìpi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”.

**Nicola Durante**

Presidente Sez. TAR Salerno

Pubblicato il 26 aprile

1. Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18. [↑](#footnote-ref-1)
2. Avverso le due decisioni pende ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale. [↑](#footnote-ref-2)
3. Per un primo commento alle due sentenze: F.P. BELLO, *Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2021; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti* in malam partem *di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia Insieme*, 30 dicembre 2021; R. CAROCCIA, *Maritime Concessions in Italy: The New Perspective After the Twin Rulings of the Council of State*, in *Slovak Yearbook of European Union Law*, I, 2021, 59-80; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2022; M.A. SANDULLI, *Sulle “concessioni balneari”, alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza plenaria*, in *Giustizia Insieme*, 16 febbraio 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consistente nella capacità di un’operazione economica a regia pubblica di attrarre gli operatori di altri Stati membri. [↑](#footnote-ref-4)
5. CGUE, Sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/15. [↑](#footnote-ref-5)
6. Si trattava, nella fattispecie, di una proroga risalente al 1984, “quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”). [↑](#footnote-ref-6)
7. CGUE, Sez. VI, 6 ottobre 2016, n. 318, *Tecnoedi*, C-318/15. [↑](#footnote-ref-7)
8. La disapplicazione colpisce non soltanto l’atto normativo difforme al diritto europeo, ma anche il “provvedimento nazionale … adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere), incompatibile con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile)” (Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072), trattandosi di atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile ([Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=201804296&nomeFile=201907874_11.html&subDir=Provvedimenti)). [↑](#footnote-ref-8)
9. Cass. pen., Sez. III, 22 aprile 2022, n. 698. [↑](#footnote-ref-9)
10. Rapporto annuale del Sistema nazionale per la protezione dell’ambiente. [↑](#footnote-ref-10)
11. La sopravvenienza di fatto o di diritto incide su una situazione giuridica durevole nel tratto dell’interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto, ma una successione cronologica tra le regole che disciplinano la situazione giuridica medesima (Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11). [↑](#footnote-ref-11)