**Concessioni balneari: avviso ai naviganti (\*)**

A quanto mi è stato detto – non sono un esperto di marineria –, gli avvisi ai naviganti in tanto sono utili, in quanto contengano le informazioni sui pericoli che punto per punto possono incontrarsi sulla rotta di navigazione.

Ed allora, avrei pensato impostare questo mio breve intervento, indicando i pericoli e, in relazione ad essi, le possibili correzioni che la rotta deve effettuare.

**Art. 49 TFUE e art. 12 della direttiva 2006/123/CE.**

Il pericolo principale riguarda l’ormai pacifica applicabilità diretta, nel nostro ordinamento, di due precise norme del diritto dell’Unione europea: l’art. 49 del Trattato di funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), le quali, nella sostanza, impongono l’obbligo di mettere a gara i servizi pubblici, con garanzia di imparzialità, trasparenza e pubblicità, ove ricorra almeno uno dei seguenti due requisiti, l’interesse transfrontaliero certo e la scarsità della risorsa naturale.

**La sentenza CGUE 14 luglio 2016, Promoimpresa e Melis c. Italia, C-458/14 e C-67/15.**

Il secondo scoglio è rappresentato dalla sentenza *Promoimpresa e Melis* c. Italia, in tema di concessioni turistico-ricreative, con cui la Sez. V della Corte di giustizia dell’Unione europea ha affermato due fondamentali princìpi:

- ove sussistano 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;

- la scarsità delle risorse naturali 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.

**Le sentenze dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18.**

Lo scoglio più grande, in tema di concessioni turistico-ricreative, è però oggi rappresentato dalle due sentenze gemelle n. 17 e n. 18 del 2021, con cui il Consiglio di Stato ha affermato i seguenti princìpi:

- l’intero territorio nazionale, per il quale tali tipologie di concessioni possono essere rilasciate, si caratterizza per il requisito dell’interesse transfrontaliero certo, dovendosi considerare:

\* per un verso, la 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*”;

\* per altro verso, “*l’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’intero territorio nazionale, per il quale tali tipologie di concessioni possono essere rilasciate, si caratterizza per il requisito della scarsità del bene, che 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*”;

- sussiste, pertanto, l’obbligo generalizzato di affidamento di tali concessioni 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*”;

- le disposizioni, normative ed amministrative, di proroga automatica delle concessioni, così come gli eventuali giudicati che abbiano affermato la validità di tali proroghe, sono in contrasto con il diritto dell’Unione europea e, come tali, non devono essere applicate dai giudici e dalla pubblica amministrazione;

- nondimeno, allo scopo di evitare un grave nocumento all’interesse pubblico e nell’auspicio di un rapido riordino legislativo, le concessioni in essere, pur se violative dell’obbligo, continuano a produrre effetti fino al 31 dicembre 2023;

- i criteri delle future procedure competitive, da stabilirsi necessariamente con legge statale (vertendosi in materia di concorrenza), devono essere proporzionati, non discriminatori ed equi, dunque collegati esclusivamente all’oggetto del contratto ed alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori concorrenti;

- in ogni caso, nella determinazione di tali criteri, è possibile tenere conto, ai sensi dell’art. 12, “*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*”;

- i criteri di gara, quindi, ben possono 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;

- è 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;

- il legittimo affidamento dei concessionari non risultati aggiudicatari può 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 d concludersi entro il 31 dicembre 2023, regolate da criteri uniformi stabiliti dalla legge nazionale.

**L’evoluzione normativa successiva.**

All’indomani delle predette sentenze, sono stati introdotti gli artt. 2, 2-*bis* e 2-*ter* della legge n. 118/2022, i quali hanno, tra l’altro:

- programmato 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.

Con legge 24 febbraio 2023, n. 14, si è quindi stabilito:

- all’art. 12, comma 6-*sexies*, la proroga di un anno (ovvero fino al 31 dicembre 2024) del termine di scadenza delle concessioni demaniali a uso turistico-ricreativo, già stabilito al 31 dicembre 2023 dalla legge n. 118/2022. Di conseguenza, è stato differito al 31 dicembre 2025 il termine di scadenza delle concessioni, per il caso di ragioni oggettive che impediscano la conclusione delle procedure selettive;

- all’art. 1, comma 8, lett. a), la proroga di 5 mesi dei termini per la mappatura dei beni pubblici in regime di concessione, fissando la nuova scadenza al 27 luglio 2023. Fino ad allora, viene fatto divieto dell’emanazione di bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all’art. 3, comma 1, lett. a) e b), della stessa legge n. 118/2022.

L’art. 10-*quater* ha infine istituito un tavolo tecnico consultivo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, preposto ad acquisire i dati relativi alla mappatura delle concessioni e stabilire i criteri tecnici per “*la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile e della rilevanza economica transfrontaliera*”, ulteriormente prorogando il temine del 31 dicembre 2024 al 31 dicembre 2025 e prevedendo che le concessioni e i rapporti previsti all’art. 3 della legge n. 118/2022 continuino ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

**La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023 n. 2192.**

Tuttavia, lo strumento da ultimo individuato dal Parlamento è apparso poco efficace ai fini dell’eliminazione del pericolo gravante sulla rotta nautica.

Infatti, con sentenza n. 2192/2023, il Consiglio di Stato ha immediatamente affermato che “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-quater, comma 3, del d.l.. 29/12/2022, n. 198, conv. in l. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*”.

**La sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sez. III, 20 aprile 2023, in causa C-348/22.**

Nelle more è intervenuta un ulteriore pronuncia della CGUE che, con sentenza 20 aprile 2023, ha affermato quanto segue:

- “*l’art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l’obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti*”;

- “*l’art. 288, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che la valutazione dell’effetto diretto connesso all’obbligo e al divieto previsti dall’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 e l’obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali*”;

- “*l’art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE* (sull’obbligo di messa in gara delle concessioni relative a risorse naturali scarse) *deve essere interpretato nel senso che esso non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo*”;

- “*l’art. 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio costiero del comune in questione*”.

La decisione dà sicuramente dei buoni spunti per tracciare la nuova rotta, in quanto, secondo la Corte, nella valutazione della scarsità delle risorse naturali, che va effettuata mediante criteri “*obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati*”, lo Stato può ricorrere sia ad una valutazione generale e astratta, ossia valida per tutto il territorio nazionale (come ha fatto l’Adunanza plenaria), ma anche seguire un approccio di tipo empirico, ossia riferito alla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell’autorità amministrativa competente, oppure combinare entrambe le scelte.

**La sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. giurisd., 22 maggio 2023, n. 250.**

Recentemente, il massimo organo della Giustizia amministrativa della Regione Sicilia sembra avere messo in discussione uno dei capisaldi delle sentenze gemelle dell’Adunanza plenaria, e cioè quello per cui le gare per le concessioni devono uniformarsi ai criteri di evidenza pubblica che saranno appositamente dettati dalla legge dello Stato.

Ha infatti affermato, in estrema sintesi, che in *subiecta materia* trova applicazione la norma speciale di cui all’art. 37 del codice della navigazione, che contempla una procedura ad evidenza pubblica avviata da una domanda del privato, le cui pur informali modalità di selezione sono idonee a soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*, perché rendono effettivo il confronto fra le istanze in comparazione e, quindi, le *chances* concorrenziali delle nuove imprese contendenti.

Per vero, la concomitanza di domande di concessione già di per sé determina una situazione concorrenziale che preesiste alla volontà dell’amministrazione di stipulare un contratto e pertanto non richiede le formalità proprie dell’evidenza pubblica, sicché la fissazione dei criteri in questo caso non assolverebbe alla sua funzione tipica di assicurare un confronto competitivo leale, perché verrebbe fatta quando le proposte di affidamento sono già state presentate.

**La nuova rotta possibile.**

Alla luce di tutti questi avvisi di pericolo, la nuova rotta va necessariamente individuata seguendo tracciati alternativi.

Per prima cosa, potrebbe valutarsi se effettuare, con legge, una decisa virata rispetto ai princìpi stabiliti dall’Adunanza plenaria, stabilendo che esistono almeno tre tipologie di beni turistico-balneari affidabili in concessione:

1) i beni scarsi o con interesse transfrontaliero certo, che vanno assoggettati a procedura di selezione imparziale e trasparente tra i potenziali candidati;

2) i beni non scarsi e privi interesse transfrontaliero certo, che non sono soggetti alle regole dell’art. 49 TFUE e dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, ma tutt’al più solo ai princìpi;

3) i beni da assegnare con regole differenti, per ragioni di interesse pubblico.

Riguardo ai primi ed ai secondi, saranno decisive le risultanze tavolo tecnico consultivo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che deve acquisire i dati relativi alla mappatura delle concessioni e stabilire i criteri tecnici per “*la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile e della rilevanza economica transfrontaliera*”.

D’altronde, la CGUE, nelle due pronunce sopra indicate, ha affermato a chiare lettere che:

- la scarsità delle risorse naturali e l’interesse transfrontaliero certo devono essere valutati dall’amministrazione concedente in relazione alla singola concessione, spettando poi al giudice nazionale il sindacato su tale apprezzamento;

- la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili può essere valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio costiero del comune in questione.

Sempre riguardo alle prime due tipologie di beni, occorre poi tenere presente che il termine di scadenza delle concessioni esistenti, ove a suo tempo non assegnate a mezzo gara pubblica, resta (almeno prudenzialmente) quello del 31 dicembre 2023.

Ancora, quanto alle modalità pratiche di assegnazione, si potrebbe far leva sull’art. 37 del codice della navigazione, quale speciale procedura ad evidenza pubblica, arricchendolo con l’obbligo della previa pubblicazione di un invito ad offrire, che dia maggiore garanzia del soddisfacimento degli obblighi di trasparenza, imparzialità e *par condicio* richiesti dalla normativa sovranazionale.

Viceversa, per la terza tipologia di beni si potrebbe valorizzare quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 131/2020 e n. 218/2021, sui rapporti tra tutela della concorrenza e raggiungimento degli obiettivi di solidarietà/sussidiarietà orizzontale, e cioè che la concorrenza è uno strumento e non fine e, come tale, può essere sacrificato in vista di interessi superiori da realizzare.

Tra questi beni potrebbero essere inclusi quelli da affidare con concessioni demaniali per finalità sportive dilettantistiche, le quali ultime, pur rientrando tra le concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative (ai sensi dell’art. 1, del decreto-legge n. 400/1993), sono caratterizzate da un interesse di carattere pubblicistico, sotteso all’utilità collettiva dello svolgimento dell’attività sportiva.

Ciò si evince invero dall’esistenza di disposizioni normative puntuali, quali l’applicazione di canoni ridotti di natura meramente ricognitiva o quali l’[art. 90, comma 25, della legge 27 dicembre 2002, n. 289](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949380&idUnitaDoc=20161176&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (ora, art. 6, commi 2 e 3, d.lgs. n. 38/2011), secondo cui l’affidamento degli impianti sportivi che l’ente pubblico territoriale non intende gestire direttamente dev’essere disposto – previa stipula di convenzioni ed all’esito di una procedura di affidamento – «in via preferenziale» in favore di società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28/01/2021, n. 858; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 18/11/2022, n. 7130).

A tal proposito, si richiama anche la delibera ANAC n. 1300 del 14 dicembre 2016, nella parte in cui tratta dell’affidamento degli impianti sportivi.

Tale peculiare situazione è per altro valutata al considerando 35 della direttiva Bolkestein, dove si prevede che “*le attività sportive amatoriali senza scopo di lucro rivestono una notevole importanza sociale. Tali attività perseguono spesso finalità esclusivamente sociali o ricreative. Pertanto, esse non possono costituire un’attività economica ai sensi del diritto comunitario e non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione della presente direttiva*”. Le stesse ben potrebbero rientrare, quindi, tra i servizi non economici d’interesse generale, cui la direttiva non si applica, *ex* art. 2 della stessa.

(\*) Relazione resa al convegno “*ASD e Concessioni demaniali marittime - Lo scoglio della Bolkestein e le opportune correzioni di rotta*”, organizzato ad Ischia, il 14 giugno 2023.

**Nicola Durante**

Pres. Sez. TAR Salerno

Pubblicato il 30 giugno 2023