

La Corte di giustizia UE boccia il regime nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime e lacuali per finalità turistico ricreative.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione V, 14 luglio 2016, C- 458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis

Beni pubblici – Demanio marittimo e lacuale – Concessione – Proroga – Illegittimità – Procedura selettiva – Obbligo

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. (1)

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. (2)

(1-2) Con la sentenza in epigrafe la Corte di giustizia dell'UE ha formulato i principi di cui in massima rispondendo ai quesiti sollevati in via pregiudiziale dal T.a.r. per la Lombardia e dal T.a.r. per la Sardegna con ordinanze, rispettivamente, del 26 settembre 2014, n. 2401, e del 28 gennaio 2015, n. 224.

L'oggetto del giudizio è rappresentato dalla (legittimità della) disciplina nazionale – di cui all'art. 18, comma 1, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con legge del 26 febbraio 2010, n. 25, come novellato dall'art. 34 duodecies, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 introdotto in sede di conversione dalla legge del 17 dicembre 2012, n. 221 – nella parte in cui, sostanzialmente, ha prorogato, fra le altre, le concessioni in atto di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative prima fino al 2015 e successivamente fino al 2020.

Questi gli argomenti essenziali sviluppati dalla Corte e posti a sostegno della decisione:

- a) 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, devono qualificarsi in termini di concessioni di beni pubblici e non concessioni di servizi, come tali pertanto astretti alla disciplina sancita dalla direttiva 12

dicembre 2006, n. 2006/123 - c.d. direttiva Bolkestein, recepita in Italia dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 – e non a quella stabilita dalla direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/23;

- b) gli articoli da 9 a 13 della direttiva n. 123 cit. provvedono a un'armonizzazione esaustiva delle attività e dei servizi rientranti nel suo ambito regolatorio, pertanto il ricorso al diritto primario (Trattato FUE) ed alla successiva interpretazione, si pone come eventuale, ovvero solo nel caso in cui la disciplina armonizzata della direttiva n. 123 non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire;
- c) in particolare, in base all'art. 12, parr. 1, 2 e 3, della direttiva n. 123 cit. – sempre che sia in concreto ritenuto applicabile dal giudice nazionale:
 - I) 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);
 - II) è vietata una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni perché equivale a un loro rinnovo automatico;
 - III) la proroga automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo e lacuale di per se stessa ostacola (e non consente di organizzare) una procedura di selezione trasparente;
 - IV) gli Stati membri possono tener conto, esclusivamente allorquando stabiliscono le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale fra cui la tutela del legittimo affidamento del concessionario, che richiede tuttavia una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti; una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione, specie quando contestualmente alla proroga non sia stata indetta una procedura di gara; la necessità della proroga a tutela degli investimenti effettuati dall'originario concessionario, in quanto espressione della certezza del diritto, trova un ulteriore limite nella circostanza che al momento del rilascio della concessione era già stato chiarito che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del

diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 FUE;

- d) qualora non sia applicabile la disciplina stabilita dalla direttiva n. 123 cit., poiché le concessioni di cui ai procedimenti principali hanno ad oggetto il diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato a uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi, la disciplina applicabile al livello di diritto primario si rinviene nell'articolo 49 FUE;
- e) in tal caso l'amministrazione, qualora intenda assegnare una concessione che non rientra neppure nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, è tenuta a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare; sicché, ove la 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, disparità che in linea di principio è vietata dall'articolo 49 cit.; l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo deve essere accertata alla stregua di una valutazione basata su tutti i criteri rilevanti (quali l'importanza economica del rapporto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, la situazione geografica del bene).

Per completezza si segnala quanto segue:

- f) a seguito di una procedura di infrazione aperta a carico dell'Italia – espressamente menzionata dalla decisione in commento – è stato abolito, ad opera del d.l. n. 194 del 2009 cit., il diritto di insistenza del concessionario di beni demaniali marittimi previsto dall'originario art. 37 del codice della navigazione;
- g) l'art. 3, co. 1, del r.d. n. 2440 del 18 novembre 1923 – recante la legge sulla contabilità generale dello Stato – stabilisce il principio generale in forza del quale tutte le amministrazioni pubbliche sono tenute a rispettare le procedure della gara pubblica (dettagliata negli artt. 63 – 88 del regolamento di cui al r.d. n. 827 del 23 maggio 1924), se intendono stipulare contratti c.d. attivi (ovvero dai quali derivi una entrata per l'erario);
- h) è stata dichiarata l'incostituzionalità di una legge regionale che abbia previsto un diritto di proroga in favore dei titolari di concessioni demaniali marittime consentendo un rinnovo automatico della medesima (cfr. Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180, in Foro it., 2010, I, 1977, con nota di richiami di dottrina e

- giurisprudenza, nazionale e comunitaria, relativa alla disciplina delle concessioni su beni pubblici e marittimi in particolare;
- i) secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250, in Foro it., 2011, III, 637, con ampia nota di riferimenti di L. CARROZZA e F. FRACCHIA), su tutte le amministrazioni pubbliche in generale grava l'obbligo di ricorrere a procedure competitive ogni qualvolta si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico; la mancanza di tale procedura introduce una barriera all'ingresso al mercato determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento; infatti, anche dopo il trattato di Lisbona, l'indifferenza comunitaria alla qualificazione nominale delle fattispecie consente di sottoporre al nucleo essenziale dei principi di evidenza pubblica l'affidamento di concessioni su beni pubblici, senza che a ciò vi osti la generica deduzione della occasionale partecipazione del privato all'esercizio dei pubblici poteri, dovendosi a tal fine riscontrare, con certezza, la traslazione effettiva di poteri pubblici autoritativi; né vi sono margini di tutela dell'affidamento dei precedenti concessionari, attraverso proroghe legali o amministrative, salvo casi eccezionali in cui si debba ripristinare la durata di un rapporto concessorio illegittimamente abbreviato rispetto alla sua scadenza naturale, ovvero per il tempo strettamente necessario alla definizione delle procedure per la stipula dei nuovi contratti;
- j) l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sentenza 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.