

Concessioni balneari: tra resa dei conti e possibili soluzioni

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Brevi cenni sulla disciplina dei beni pubblici. 3. Concessioni balneari: la normativa originaria e le prime proroghe. 4. La prima bocciatura della Corte di giustizia. 5. La reazione dell'Italia alla sentenza della Corte di giustizia. 6. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2021. 7. La "nuova" reazione dell'Italia alle sentenze dell'Adunanza Plenaria. 8. La sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2023. 9. La nuova bocciatura della Corte di giustizia. 10. Possibili nuovi approcci (lato legislatore). 11. Possibili nuovi approcci (lato concessionario). 12. Considerazioni conclusive.

DI ANDREA NARDI

ABSTRACT: Sulla materia delle concessioni dei beni demaniali marittimi si registrano da anni forti contrasti tra il legislatore italiano e la giurisprudenza nazionale ed europea, il primo che ha continuato a prorogare le concessioni in essere, la seconda che ha invece accertato l'illegittimità di tali proroghe a fronte della necessità di bandire gare per l'affidamento delle concessioni. Lo scontro sembra tuttavia ormai giunto alla fine o comunque a un'inevitabile resa dei conti in quanto i giudici amministrativi hanno chiarito che eventuali ulteriori proroghe dovranno essere disapplicate anche direttamente dall'amministrazione locale che dovrà quindi procedere all'indizione delle gare. In tale contesto appare quindi opportuno individuare nuove possibili soluzioni che potrebbero essere perseguite da parte sia del legislatore sia degli attuali concessionari, soluzioni in linea con la normativa e giurisprudenza di riferimento e che possano portare a un nuovo punto di equilibrio tra i vari interessi coinvolti ponendo così fine a uno scontro che dura ormai da troppi anni.

ABSTRACT: *On the subject of concessions of State-owned maritime, there have been strong disagreements for years between the Italian legislature and national and European case law, the first having continued to extend existing concessions, the second having instead ascertained the illegitimacy of such extensions because of the need to launch a tenders to assign the concessions. However, the clash now seems to have come to an end, or at an inevitable showdown, considering that administrative judges have clarified that any further extensions of the concessions will have to be disappplied directly by the local administration, that will then have to launch tenders. In this context, therefore, it would seem necessary to find possible new solutions that could be pursued by both the legislature and the current concessionaires, solutions that are in line with the reference legislation and case law and that could lead to a new balance between the interests involved, thus putting an end to a clash that has been going on for too many years.*

1. Premessa.

Con una sentenza del marzo 2023, il Consiglio di Stato⁽¹⁾ ha accertato l'illegittimità della normativa italiana che da anni prevede la proroga delle concessioni demaniali marittime in essere ribadendo i principi già espressi due anni prima con le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021⁽²⁾. La normativa nazionale contrasta, infatti, con quella eurounitaria e pertanto deve essere disapplicata non solo dal giudice, ma anche dagli amministratori locali che sono quindi tenuti a mettere a gara le concessioni. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'aprile 2023⁽³⁾ ha ribadito principi analoghi, peraltro confermando un suo precedente del 2016⁽⁴⁾. Sentenze certamente di grande impatto pratico, ma che, a ben vedere, si sono limitate a confermare principi ormai consolidati e che pertanto non possono considerarsi delle novità inaspettate. Nella materia domina in realtà, da troppi anni, una grande confusione accentuata dalla proliferazione di una legislazione estemporanea e caotica che non ha mai affrontato il problema a livello strutturale, limitandosi soltanto a rinviarlo. Anche a fronte delle recenti sentenze di cui sopra appare quindi giunto il momento di affrontare la questione con un approccio diverso che parta dal rispetto della disciplina di riferimento e che, entro i suoi limiti, cerchi di trovare soluzioni alternative. Per fare questo appare anzitutto necessario, dopo una breve premessa sulla disciplina dei beni pubblici in generale, ripercorrere le principali vicende che hanno interessato la materia in esame e, quindi, sia gli interventi normativi che si sono susseguiti nel corso degli anni, sia gli arresti giurisprudenziali più rilevanti. Solo dopo di questo sarà possibile prospettare nuove soluzioni che possano in qualche modo bilanciare le esigenze di interesse pubblico da un lato e quelle private degli operatori del settore dall'altro.

2. Brevi cenni sulla disciplina dei beni pubblici.

Anche la pubblica amministrazione, come ogni soggetto privato, può essere proprietaria di beni. Tuttavia, mentre i soggetti privati possono godere e disporre liberamente delle loro proprietà, i soggetti pubblici, in linea generale, sono tenuti a utilizzare i propri beni per perseguire i propri fini istituzionali⁽⁵⁾.

Non tutti i beni dell'amministrazione seguono lo stesso regime giuridico dei beni dei privati, alcuni di essi sono infatti soggetti a una disciplina speciale. Del resto, già il diritto romano conosceva la distinzione tra *res in commercio* e *res extra commercio*, tra le quali vi erano le *res publicae* ossia quelle destinate alla generalità dei cittadini⁽⁶⁾.

In particolare, il Codice civile distingue tra beni del demanio pubblico (artt. 822 ss.) e beni patrimoniali (art. 826).

Questi secondi, a loro volta, si dividono in beni del patrimonio disponibile, liberamente commercializzabili, alienabili e usucapibili, e quelli del patrimonio indisponibile. Questi ultimi, ancorché alienabili, non possono essere sottratti alla loro destinazione, sono tassativamente elencati nel Codice civile e la rimozione del vincolo di destinazione necessita di un atto amministrativo.

Il demanio pubblico viene invece generalmente distinto in demanio necessario, ossia quei beni che possono appartenere soltanto allo Stato, e demanio accidentale o

1 Consiglio di Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192.

2 Consiglio di Stato, Ad. pl., 9 novembre 2021, n. 17 e 18.

3 Corte di Giustizia UE, sez. III, 20 aprile 2023, C-348/22.

4 Corte di Giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

5 A. POLICE, I beni di proprietà pubblica, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*³, Torino, Giappichelli Editore, 2014, 510 ss.

6 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 405.

eventuale, ossia quei beni classificabili come demaniali solo se appartenenti allo Stato. I primi sono individuati dall'art. 822, c. 1, del Codice civile, che qualifica come tali il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti (c.d. demanio marittimo) nonché i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia (c.d. demanio idrico)⁽⁷⁾ oltre alle opere destinate alla difesa nazionale (c.d. demanio militare)⁽⁸⁾.

Il comma 2 della stessa disposizione indica, invece, i beni appartenenti al demanio accidentale ossia le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche e gli altri beni che la legge assoggetta al regime del demanio pubblico⁽⁹⁾.

Quanto al regime giuridico, i beni demaniali sono incommerciabili, non aggredibili dai creditori e non possono formare oggetto di diritti in favore di terzi se non secondo le leggi speciali. L'amministrazione, ai sensi dell'art. 823, c. 2, Cod. civ. può tutelare i beni demaniali sia in via amministrativa sia attraverso gli ordinari mezzi di difesa della proprietà⁽¹⁰⁾. L'amministrazione possiede, quindi, poteri di autotutela⁽¹¹⁾ attraverso i quali può accertare contravvenzioni, applicare sanzioni e adottare ordini di sgombero⁽¹²⁾.

Il regime peculiare dei beni pubblici riguarda anche il loro utilizzo. Si annovera anzitutto il c.d. uso diretto di alcuni beni che possono essere utilizzati esclusivamente dal proprietario pubblico per il perseguimento dei propri compiti e attività, con previsione anche di sanzioni penali in caso di uso di tali beni da parte di altri. È il caso del demanio militare riservato allo Stato ai fini della difesa nazionale⁽¹³⁾ o alle sedi dei pubblici uffici⁽¹⁴⁾.

Invece, in linea generale, i beni del demanio sono destinati alla fruizione pubblica, c.d. uso generale come quello del demanio marittimo (es. lido del mare) o quello stradale che in questo modo assolvono alla loro funzione al servizio della collettività. Questo tipo di uso non costituisce in capo agli utenti alcuna posizione differenziata da far valere, ma soltanto interessi di mero fatto⁽¹⁵⁾.

L'amministrazione può tuttavia riservare l'uso di tali beni a determinati soggetti (c.d. uso particolare) e ciò avviene attraverso lo strumento della concessione amministrativa⁽¹⁶⁾ con la quale si instaura un rapporto pubblicistico tra soggetto pubblico e privato nell'ambito del quale quest'ultimo si obbliga a corrispondere un canone; il concessionario è, inoltre, soggetto a decadenza in caso di utilizzo illegittimo del bene. In questo caso, a differenza che nell'uso generale, in capo all'utilizzatore

7 A titolo esemplificativo, l'art. 28 del Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione) prevede che "Fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo". Altro esempio è l'art. 692 dello stesso Codice della navigazione secondo il quale "Fanno parte del demanio aeronautico civile statale: a) gli aeroporti civili appartenenti allo Stato; b) ogni costruzione o impianto appartenente allo Stato strumentalmente destinato al servizio della navigazione aerea. Gli aeroporti militari fanno parte del demanio militare aeronautico".

8 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*¹², F. FRACCHIA (a cura di), Milano, Giuffrè Editore, 2016, 215.

9 Anche altre leggi speciali qualificano alcuni beni come demaniali. Ad esempio, ai sensi dell'art. 143, c. 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente) "Gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge". L'art. 144, c. 1, dello stesso codice prevede altresì che "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato".

10 C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Piacenza, La Tribuna, 2021, 293.

11 M. OLIVI, in *Dizionario di diritto amministrativo*, M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, 121.

12 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*², cit., 218 ss.

13 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*², cit., 231.

14 A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 518.

15 M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*⁷, Padova, Cedam, 2009, 1138.

16 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, cit., 415.

particolare sussiste un interesse differenziato al rilascio e al mantenimento della concessione, ossia un interesse legittimo c.d. pretensivo⁽¹⁷⁾.

Il ruolo dell'amministrazione muta a seconda delle tipologie di uso che si prendono in considerazione. Infatti, nell'uso diretto prevalgono i profili di gestione e di utilizzo del bene, mentre invece nei casi di uso particolare sono prevalenti i profili di organizzazione e regolazione dello stesso da parte di terzi⁽¹⁸⁾.

Con riferimento a quest'ultima categoria di uso, è stato chiarito come il potere di rilascio di una concessione di un bene demaniale è espressione di un potere discrezionale e, tenuto conto che l'uso particolare limita la fruizione del bene da parte della collettività, l'amministrazione è tenuta a chiarire le ragioni sottese al rilascio della concessione, mentre il diniego può essere giustificato anche da sole ragioni di opportunità⁽¹⁹⁾. Infatti, considerato che la concessione comporta una deroga all'uso collettivo di un bene, riservando lo stesso al solo concessionario, risulta di particolare importanza non solo il fine per il quale l'amministrazione effettua detta scelta, ma anche i criteri con cui individua il concessionario⁽²⁰⁾.

A titolo esemplificativo, la possibilità di concedere l'uso particolare di un bene demaniale a un privato è prevista dall'art. 36 del Codice della navigazione⁽²¹⁾, il quale prevede che l'amministrazione possa concedere l'uso "anche esclusivo" del demanio marittimo, per esempio, per la realizzazione di uno stabilimento balneare.

Tenuto conto che l'uso particolare di un bene demaniale, come detto, esclude il suo utilizzo da parte della collettività, lo stesso deve essere concesso tramite procedure pubbliche e trasparenti al fine di individuare il miglior gestore del bene. Proprio nell'ambito del demanio marittimo vi è stato un ampio ricorso alle concessioni e così "quello che il codice della navigazione definisce uso eccezionale è divenuto la regola, mentre l'uso generale è divenuto l'eccezione"⁽²²⁾.

3. Concessioni balneari: la normativa originaria e le prime proroghe.

Per ripercorrere la normativa nazionale stratificatasi nel corso degli anni in materia di concessioni balneari è necessario anzitutto partire dal Codice della navigazione (Regio Decreto del 30 marzo 1942, n. 327). Come visto, l'art. 36 "Concessione di beni demaniali" prevede che l'amministrazione, "compatibilmente con le esigenze del pubblico uso", può concedere l'occupazione o l'uso, "anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo". Il successivo art. 37, "Concorso di più domande di concessione", nella versione originaria, prevedeva l'esperimento di una valutazione comparativa solamente in caso di presenza di più

17 M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*², cit., 1138.

18 A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 519.

19 C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 299 ss, secondo cui, "l'uso istituzionale del bene è quello appunto di essere aperto alla libera fruizione della collettività e che, pertanto, il rilascio della concessione, che quella destinazione istituzionale limita, deve essere giustificato dall'esistenza di valide ragioni".

20 A. ABBRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein: tra regolamentazione della concorrenza e tutela dei beni comuni. Spunti per una riflessione comparata*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 95.

21 Ai sensi dell'art. 36, c. 1, del Regio decreto n. 327/1942 (Codice della navigazione), "L'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo".

22 G. COLOMBINI, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3, 2022, pp.675 ss.

domande per la concessione del bene⁽²³⁾. Il secondo comma dello stesso articolo⁽²⁴⁾ prevedeva tuttavia una “preferenza” in favore del soggetto già titolare della concessione (c.d. diritto di insistenza)⁽²⁵⁾.

Un primo rinnovo delle concessioni (di sei anni in sei anni) è stato previsto con il decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime)⁽²⁶⁾. Successivamente, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Finanziaria 2007) ha fissato il termine massimo di durata delle concessioni in venti anni⁽²⁷⁾.

In tale contesto, è sopravvenuta la direttiva 12 dicembre 2006, n. 123 (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno), meglio nota come direttiva Bolkestein. In particolare, l'art. 12 ha previsto, al paragrafo 1, che ove il numero delle autorizzazioni disponibili sia limitato a causa della “scarsità delle risorse naturali”, gli Stati membri devono bandire procedure pubbliche e trasparenti. Il paragrafo 2 esclude poi sia il rinnovo automatico delle concessioni, sia la possibilità di accordare vantaggi al gestore uscente⁽²⁸⁾.

Le previsioni della direttiva Bolkestein si ponevano peraltro in linea con l'allora art. 43 del Trattato CE poi trasfuso nell'attuale art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale vieta agli Stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni della libertà di stabilimento dei cittadini degli altri Stati membri ai quali pertanto doveva essere garantito l'accesso e l'esercizio delle attività autonome, nonché la costituzione e la gestione delle imprese alle stesse condizioni previste dalla legislazione

23 L'attuale versione dell'art. 37 del Codice della navigazione prevede che “Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”.

24 L'art. 1, c. 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni in legge 26 febbraio 2010, n. 25, ha abrogato l'ultimo periodo dell'art. 37, c. 2, del Codice della navigazione, il quale prevedeva che “E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”.

25 Sul diritto di insistenza nelle concessioni cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, Roma, Nel Diritto Editore, 2016, 496 ss, secondo i quali “Sono emerse sul punto due tesi. Secondo un primo orientamento, per principio generale l'amministrazione, nel selezionare le istanze di rilascio della concessione di uso di un bene pubblico, deve tenere in debito conto la posizione di chi è già titolare di un diritto di godimento del bene in forza di precedente, analogo, provvedimento. Per la seconda e prevalente tesi, il diritto in questione può operare, al pari di una prelazione civilistica, solo ove il titolare di tale posizione abbia offerto condizioni identiche a quelle degli altri concorrenti”. Sul punto anche A. ABRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., 99, secondo cui è “stato ampiamente chiarito dall'Autorità garante della concorrenza e ancor prima, dalla giurisprudenza amministrativa interna, come il diritto di insistenza, precludendo la partecipazione di tutti gli interessati per l'ottenimento della concessione, sia da considerare lesivo del principio di concorrenza”.

26 In particolare, l'art. 1, c. 2, del d.l. n. 400/1993, ha previsto che dette concessioni “indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione”.

27 L'art. 1, c. 253, della legge n. 296/2006, ha previsto che “All'articolo 03 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, è aggiunto, in fine, il seguente comma: “4-bis. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 01, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni”.

28 L'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, prevede che “Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, 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. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, 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”.

dello stato per i propri cittadini⁽²⁹⁾.

La normativa italiana sopra analizzata contrastava quindi con quella europea e, pertanto, è stata aperta nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 4908/2008⁽³⁰⁾.

A fronte di ciò, lo Stato italiano con l'art. 1, c. 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, ha abrogato il secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione e prorogato le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2012⁽³¹⁾, termine prorogato ulteriormente al 31 dicembre 2015 dalla legge di conversione 26 febbraio 2010, n. 25⁽³²⁾.

La Commissione Europea, reputando adeguata la proroga decisa dall'Italia, perché (in linea teorica) volta a consentire un riordino della normativa del settore e ad attuare la direttiva Bolkestein, chiuse nel 2012 la procedura di infrazione avviata nel 2008⁽³³⁾.

È inoltre intervenuto il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di formale recepimento della direttiva Bolkestein, con una disposizione, l'art. 16⁽³⁴⁾, che di fatto

29 L'art. 49 del TFUE prevede che "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

30 Sul punto, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, cit., 499, secondo i quali a fronte del mancato recepimento della direttiva Bolkestein "da parte del legislatore italiano, è stata avviata una procedura di infrazione (n. 4009/08) nel corso della quale la Commissione europea ha sollecitato lo Stato italiano ad adeguare, entro un breve termine, la normativa interna alla citata direttiva".

31 L'art. 1, c. 18, del d.l. n. 194/2009, nella versione pubblica sulla Gazzetta Ufficiale e quindi prima della conversione in legge prevedeva che "Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data".

32 L'art. 1, c. 18, del d.l. n. 194/2009, dopo la conversione in legge n. 25/2010, prevedeva che "Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso".

33 Procedura di infrazione n. 2008/4908, avviata in seguito alla segnalazione dell'AGCM (segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008).

34 L'attuale versione dell'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010 prevede che "Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono 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. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano al commercio su aree pubbliche di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114".

riproduceva l'art. 12 della direttiva. Il decreto legislativo è tuttavia rimasto inattuato.

Infatti, dopo due anni, nel 2012, il sopra citato art. 1, c. 18, del d.l. 194/2009, come convertito dalla legge n. 25/2010, che come anticipato aveva previsto la proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015, è stato modificato dall'art. 34-duodecies, c. 1, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, il quale ha ulteriormente prorogato le concessioni in questione al 31 dicembre 2020 e quindi di ulteriori cinque anni.

4. La prima bocciatura della Corte di giustizia.

Nel contesto normativo delineato è intervenuta, con una prima sentenza del 2016⁽³⁵⁾, la Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della sopra richiamata disciplina italiana. In particolare, il giudizio ha avuto a oggetto due controversie poi riunite: la prima, sull'impugnazione da parte di un concessionario di un provvedimento di un'amministrazione che aveva negato la proroga della concessione in essere, diniego che, secondo il concessionario, avrebbe violato le disposizioni nazionali di proroga. La seconda, invece, sull'impugnazione da parte di un concessionario della decisione di un'amministrazione di mettere a gara la concessione di cui lo stesso era titolare; anche in questo caso la scelta dell'amministrazione avrebbe violato, secondo il concessionario, la normativa nazionale.

La richiamata sentenza della Corte di giustizia chiarisce anzitutto le condizioni per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva Bolkestein, ossia tutti i casi in cui è possibile rilasciare un numero limitato di autorizzazioni a causa "della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili". Vengono in rilievo, sul punto, due profili. Quanto al primo profilo, ovvero la configurabilità delle concessioni balneari come autorizzazioni, la Corte riconosce che le concessioni in questione possono essere qualificate come autorizzazioni in quanto "atti formali" che, a prescindere dalla loro denominazione, sono necessari per consentire a un operatore di svolgere la propria attività⁽³⁶⁾. Quanto al secondo profilo ossia il requisito della scarsità delle risorse, la Corte, da un lato, ha rinviato a un accertamento in concreto da eseguirsi da parte del giudice nazionale, dall'altro lato, ha comunque precisato che in tale accertamento deve tenersi conto del fatto che le concessioni in esame sono rilasciate non a livello nazionale, ma comunale; circostanza, questa, che rende più circoscritto l'accertamento⁽³⁷⁾. In altri termini, si devono considerare le autorizzazioni rilasciabili sul singolo territorio comunale e non sull'intero territorio nazionale. Pertanto, qualora il giudice del rinvio dovesse accertare che a causa della scarsità delle risorse il numero delle autorizzazioni rilasciabili risulta limitato, sarebbe applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123 con la necessità, di conseguenza, di indire procedure pubbliche e imparziali⁽³⁸⁾. Dunque, una

³⁵ Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016.

³⁶ In particolare, secondo la Corte, "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" (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

³⁷ In particolare, "la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato" (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

³⁸ A tal riguardo, cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali alla prova dell'attuazione della direttiva Bolkestein in materia di demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 73, secondo cui "è chiaro in ogni caso che la valutazione che solo in parte può essere fatta a monte sulla base del numero delle concessioni in essere, sulla relativa quota soggetta a gara e su un fumoso criterio geografico individuato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa e Melis, che imporrebbe di valutare la collocazione geografica del bene e del contesto ambientale in relazione al numero di concessioni".

normativa italiana che, di contro, prevede un rinnovo automatico delle concessioni si pone in contrasto con la predetta direttiva⁽³⁹⁾.

La Corte affronta poi la questione del legittimo affidamento che avrebbero maturato gli attuali gestori al mantenimento della concessione⁽⁴⁰⁾, sostenendo che ciò non possa comunque giustificare una normativa (di proroga) come quella italiana per due ordini di ragioni: in primo luogo, se è vero che l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva Bolkestein consente agli Stati membri di tenere in considerazione “motivi imperativi d'interesse generale”⁽⁴¹⁾, ciò deve comunque avvenire nell'ambito di procedure di gara che non sono invece previste dalla normativa nazionale in esame; in secondo luogo, l'accertamento della lesione del legittimo affidamento necessita di un esame in concreto non compatibile con una proroga generalizzata prevista ex lege⁽⁴²⁾.

5. La reazione dell'Italia alla sentenza della Corte di giustizia.

Dopo la sentenza della Corte di giustizia, l'Italia, verosimilmente anche per evitare l'apertura di una nuova procedura di infrazione, con l'art. 24, c. 3–septies, del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, ha sì riconosciuto la validità dei rapporti concessori in essere⁽⁴³⁾, ma nelle “more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea”. In altri termini, il riconoscimento della validità dei rapporti in essere era volto soltanto a consentire una revisione della disciplina.

Tale revisione non è tuttavia mai intervenuta e, di contro, il legislatore italiano a ridosso della scadenza del 31 dicembre 2020, con l'art. 1, c. 682⁽⁴⁴⁾ e 683⁽⁴⁵⁾, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di stabilità 2019 – Finanziaria), ha prorogato le concessioni di ulteriori quindici anni e quindi fino al 31 dicembre 2033.

39 Invero, “una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123” (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

40 R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*⁹⁸, cit., 500.

41 In particolare, l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123, prevede che “Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, 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”.

42 Infatti, “una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede 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” (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

43 L'art. 24, c. 3–septies, del d.l. n. 113/2016 ha previsto che “Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25”.

44 L'art. 1, c. 682, della legge 30 dicembre 2018 n.145/2018 ha previsto che “Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale”.

45 L'art. 1, c. 683, della l. n. 145/2018 ha previsto che “Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale”.

Con la stessa legge e in particolare con l'art. 1, c. 675⁽⁴⁶⁾, 676⁽⁴⁷⁾ e 677⁽⁴⁸⁾, sono state inoltre previste una serie di attività preliminari per la generale revisione delle concessioni balneari, tra cui l'adozione di un D.P.C.M. per la fissazione di termini e modalità per la predetta revisione, in vista della apertura delle concessioni al mercato.

Pertanto, sebbene la Corte di giustizia avesse chiarito l'illegittimità della disciplina italiana che prevedeva proroghe automatiche, il legislatore nazionale negli anni immediatamente successivi ha proseguito nelle proroghe. Ciò è avvenuto anche con la normativa emergenziale per la pandemia da Covid-19: prima l'art. 182, c. 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto rilancio) ha impedito alle amministrazioni di mettere a gara le aree del demanio marittimo⁽⁴⁹⁾, poi l'art. 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (c.d. decreto agosto) ha esteso la proroga fino al 2033 anche alle "concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni

46 L'art. 1, c. 675, della l. n. 145/2018 ha previsto che "Al fine di tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un'ottica di armonizzazione delle normative europee, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province autonome, sono fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime"

47 L'art. 1, c. 676, della l. n. 145/2018 ha previsto che "Il decreto di cui al comma 675, in particolare, stabilisce le condizioni e le modalità per procedere: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) alla ricognizione degli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; e) all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri di cui all'articolo 89, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112".

48 L'art. 1, c. 677, della l. n. 145/2018 ha previsto che "Il decreto di cui al comma 675 contiene, inoltre, i criteri per strutturare: a) un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative e ricettive che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico privato, atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di: sostenibilità ambientale; qualità e professionalizzazione dell'accoglienza e dei servizi; accessibilità; qualità e modernizzazione delle infrastrutture; tutela degli ecosistemi marittimi coinvolti; sicurezza e vigilanza delle spiagge; b) un sistema di rating delle imprese di cui alla lettera a) e della qualità balneare; c) la revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di demanio marittimo di cui al codice della navigazione o a leggi speciali in materia; d) il riordino delle concessioni ad uso residenziale e abitativo, tramite individuazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 37, primo comma, del codice della navigazione e dei principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità e tenuto conto, in termini di premialità, dell'idonea conduzione del bene demaniale e della durata della concessione; e) la revisione e l'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari, che tenga conto delle peculiari attività svolte dalle imprese del settore, della tipologia dei beni oggetto di concessione anche con riguardo alle pertinenze, della valenza turistica".

49 In particolare, l'art. 182, c. 2, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34/2020 prevedeva che "Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni del presente comma non si applicano quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area sono stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto e colpa del concessionario". Il comma è stato poi abrogato dall'art. 5, c. 2, lett. b), della legge 5 agosto 2022, n. 118.

per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto⁵⁰⁾.

6. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2021.

In tale contesto si collocano due importanti sentenze (gemelle) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del novembre 2021⁵¹⁾.

I giudizi erano originati dal rigetto di istanze presentate da concessionari volte a ottenere il rinnovo della concessione a fronte della normativa nazionale di proroga. In sintesi, le sentenze hanno ribadito che la normativa italiana è illegittima per violazione sia dell'art. 49 TFUE sia dell'art. 12 della direttiva Bolkestein.

Quanto all'art. 49, l'Adunanza plenaria, anche richiamando un precedente della Corte di giustizia⁵²⁾, ha ribadito il principio secondo il quale qualsiasi atto dello Stato che stabilisca le condizioni per l'espletamento di un'attività economica deve rispettare i principi previsti dal trattato e, in particolare, consentire anche agli operatori degli altri Stati membri l'accesso al mercato⁵³⁾. Anche richiamando la sopra analizzata sentenza della Corte di giustizia del 2016, l'Adunanza plenaria ha ritenuto applicabile detti principi a ogni fattispecie "che dia luogo a prestazione di attività economiche o che comunque costituisca condizione per l'esercizio di dette attività".

L'Adunanza plenaria ha affrontato poi la questione relativa al riconoscimento alle concessioni balneari di un interesse transfrontaliero, cosa che renderebbe applicabile anche l'art. 49 TFUE⁵⁴⁾. In particolare, tale riconoscimento sarebbe collegato alla capacità delle stesse "di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri" e, a tal riguardo, come chiarito dalla Corte di giustizia, rivestono particolare importanza l'importo, il luogo di esecuzione e le caratteristiche tecniche della commessa⁵⁵⁾, dovendosi naturalmente tenere conto della particolarità della concessione in questione, anche a prescindere quindi dal mero valore economico.

In tale contesto, i beni demaniali oggetto delle concessioni in questione costituiscono i patrimoni naturalistici "più rinomati e attrattivi del mondo", in grado di generare un giro di affari intorno ai quindici miliardi di euro. Tale attrattività è poi implementata

50 L'art. 100, c. 1, del decreto legge 14 agosto 2020 n. 104 prevedeva che "Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione. Al fine di sostenere le associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro colpite dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le concessioni a tali associazioni degli impianti sportivi ubicati su terreni demaniali o comunali, che siano in attesa di rinnovo o scadute ovvero in scadenza entro il 31 dicembre 2021, sono prorogate fino al 31 dicembre 2025, allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse, in vista delle procedure di affidamento che saranno espletate ai sensi delle vigenti disposizioni legislative". Comma poi abrogato dall'art. 3, c. 5, lett. c), della legge 5 agosto 2022, n. 118.

51 Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021.

52 Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98.

53 In particolare, "qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Come detto in precedenza, nell'ottica della Corte detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

54 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?*, in *Dir. soc.*, n. 3, 2021, p. 363.

55 In particolare, la Corte di giustizia ha chiarito che "Per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha già dichiarato che criteri del genere potrebbero sostanziarsi, in particolare, 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" (Corte di Giustizia UE, sez. IV, 6 ottobre 2016, C-318/15).

dalla possibilità di procedere a una loro subconcessione. Da qui, deriva, secondo l'Adunanza plenaria, una "eccezionalità capacità attrattiva" dei beni in questione che li rendono di certo "interesse transfrontaliero". Infatti, sottrarre al mercato tale settore "nevralgico per l'economia del Paese" rappresenta "una posizione insostenibile" e in contrasto sia con i principi comunitari sia con quelli costituzionali in ragione della tutela della libertà di iniziativa economica⁽⁵⁶⁾.

L'interesse transfrontaliero delle concessioni in questione, conclude il Consiglio di Stato, comporta pertanto la violazione, da parte della normativa italiana esaminata, degli artt. 49 e 56⁽⁵⁷⁾ del TFUE⁽⁵⁸⁾.

A tal riguardo, è stato sostenuto che le affermazioni dell'Adunanza plenaria sul punto siano eccessivamente generalizzate e astratte, in quanto mettono sullo stesso piano tutte le spiagge italiane sebbene alcune di queste, in concreto, potrebbero non avere un effettivo interesse transfrontaliero⁽⁵⁹⁾.

In ogni caso, a prescindere dall'interesse transfrontaliero, la mancata indizione delle gare viola comunque l'art. 12 della direttiva Bolkestein. Sul punto, le sentenze replicano a tutti gli argomenti contrari proposti nel giudizio. Anzitutto la Bolkestein rappresenta una direttiva di liberalizzazione e non di armonizzazione e pertanto, per la sua adozione, non era richiesta l'unanimità⁽⁶⁰⁾. Infatti la finalità principale della direttiva non consiste nell'armonizzare le disposizioni nazionali, ma piuttosto nell'eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio al fine di garantire e favorire l'apertura del mercato e la concorrenza⁽⁶¹⁾.

56 In particolare, secondo l'Adunanza plenaria "Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole delle concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione". Le sentenze chiariscono inoltre che è "indiscutibile che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso. Inoltre, il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021). Sul punto, M. GOLA, Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?, in *Dir. soc.*, n. 3, 2021, p. 403, secondo cui "il Giudice Amministrativo ritiene insostenibile la sottrazione di queste stesse risorse alla libera competizione del mercato alla luce tanto dell'ordinamento nazionale, tanto e soprattutto di quello europeo come detto coinvolto in considerazione della dimensione sovranazionale – più esattamente, transfrontaliera – riconosciuta agli interessi in gioco".

57 L'art. 56 del TFUE prevede che "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione".

58 A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6, 2022, p. 527.

59 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 363 ss, secondo cui "Se è vero che la maggior parte delle spiagge italiane presenta un interesse transfrontaliero certo, ciò non toglie che vi possano essere alcune spiagge nazionali che difettano di tale requisito".

60 In particolare, "la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: "fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 104)" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

61 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 365.

Privo di pregio, secondo l'Adunanza plenaria, anche l'argomento secondo il quale la direttiva si applicherebbe solamente alle concessioni di servizi mentre quelle in questione avrebbero ad oggetto beni pubblici. Si tratta, infatti, di una distinzione “meramente formalistica” in quanto nel momento in cui si riconosce a un operatore il diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale (peraltro contingentata) per svolgere un'attività economica, a prescindere dalla formale qualificazione, la stessa “procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi”⁽⁶²⁾. Pertanto, il provvedimento che riserva a un operatore economico l'uso esclusivo di un bene demaniale consentendogli di sfruttarlo erogando servizi (turistico ricreativi), va considerata sostanzialmente come una concessione di servizi. Si tratta di un'impostazione sostanzialistica volta a superare le qualificazioni formali delle legislazioni nazionali anche in ragione della necessità per le pubbliche amministrazioni di assumere una prospettiva europea nell'interpretare le disposizioni europee che sono chiamate ad attuare anche al fine di favorire un processo di integrazione⁽⁶³⁾.

L'Adunanza plenaria affronta poi il tema connesso al requisito della scarsità delle risorse precisando che tale requisito non debba essere inteso in termini assoluti, ma relativi. In particolare, l'attenzione deve essere concentrata sulle aree ancora disponibili valutando se queste consentano l'accesso al mercato anche a operatori diversi da quelli già titolari delle concessioni⁽⁶⁴⁾. A tal riguardo vengono citati dati oggettivi⁽⁶⁵⁾ dai quali emerge che la metà delle coste sabbiose italiane è occupata da stabilimenti balneari con punte che arrivano, in alcune regioni⁽⁶⁶⁾, fino al 70%⁽⁶⁷⁾. Sul punto è stato rilevato che le concessioni balneari sono circa trentamila, con un aumento nel 2021 del 12,5% e, di queste, più di ventunomila, nel 2019, hanno versato un canone inferiore a duemilacinquecento euro⁽⁶⁸⁾. Con particolare riferimento ai canoni e al loro basso importo, è opportuno rilevare che questi sono calcolati con riferimento ai metri quadri concessi; tale criterio, sebbene utilizzato anche per altri beni pubblici, non appare proporzionato con riferimento al demanio marittimo in quanto, benché il volume

62 Le sentenze dell'Adunanza plenaria richiamano anche l'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 dal quale “risulta che per “servizio”, ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, “un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123” (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34). La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa ai aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) “Tassazione dei porti in Italia” contiene l'affermazione per cui “la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica” (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021). Sul punto, in dottrina, cfr. M. CLARICI, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Nel Mulino, 2013, 193, secondo il quale la direttiva servizi 2006/123/CE “dà una definizione omnicomprensiva di «regime autorizzatorio» che include «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi a un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio» (art. 4, n. 6)”.

63 M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”*, cit., 404 ss. In tal senso anche F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 362, secondo cui “si inquadrano nella consolidata prospettiva funzionalistica della giurisprudenza dell'Unione le sentenze dell'Adunanza Plenaria che rivedono la distinzione giuridico-formale tra concessione di beni e autorizzazione di attività per assicurare la par condicio tra gli operatori del mercato balneare”.

64 A tal riguardo, è “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 2033 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” (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

65 Forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture.

66 Liguria, Emilia-Romagna e Campania

67 A ciò si aggiunga “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” e 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” (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021).

68 G. COLOMBINI, *Beni pubblici*, cit., 675 ss.

di affari generato annualmente dalle imprese del settore sia superiore ai due miliardi (come ad esempio nel 2016), l'ammontare delle entrate nelle casse pubbliche è stato di appena 103 milioni di euro nel 2016 e di 115 milioni di euro nel 2019⁽⁶⁹⁾.

Alla luce di tutto quanto sopra, pertanto, considerato l'elevato numero delle concessioni demaniali in essere, sussiste il requisito della scarsità delle risorse tenuto peraltro conto che, come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2016 sopra analizzata, nell'accertare tale requisito si deve considerare l'ambito territoriale del comune concedente e non di quello nazionale complessivo.

Un'ultima argomentazione è invece connessa al fatto che la direttiva in questione non sarebbe self executing⁽⁷⁰⁾ "perché non sufficientemente dettagliata o specifica". In realtà, precisa l'Adunanza plenaria, il livello di dettaglio dipende "dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato". Quanto all'obiettivo, questo è quello di aprire il mercato delle concessioni demaniali e rispetto a tale obiettivo la direttiva ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione di una disciplina nazionale che si limita a prorogare le concessioni in essere⁽⁷¹⁾.

Né esigenze connesse alla crisi pandemica potevano giustificare tali proroghe. Infatti, secondo le sentenze in esame, non è "seriamente sostenibile" che la proroga delle concessioni sia funzionale al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica".

Tenuto conto che la disciplina nazionale viola quella europea, la prima deve pertanto essere disapplicata non solo dal giudice, ma anche dagli organi amministrativi⁽⁷²⁾, come già riconosciuto dalla giurisprudenza sia nazionale (anche costituzionale)⁽⁷³⁾ sia europea⁽⁷⁴⁾.

L'Adunanza plenaria, tuttavia, "consapevole del notevole impatto (anche sociale ed

69 F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2022, pp. 1037 ss.

70 Sul punto cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*², Bari, Cacucci Editore, 2012, 270, secondo il quale "l'efficacia diretta richiede, anzitutto, che la direttiva (o una sua disposizione) sia sostanzialmente self-executing, abbia un contenuto autosufficiente, completo, tale, cioè, da essere praticamente applicabile dal giudice nazionale anche in assenza di una legge statale di attuazione". Cfr. anche G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁴, Padova, Cedam, 2010, 176.

71 L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sottolinea tuttavia l'auspicio "che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege" (Cons. St., Ad. pl., 17 e 18, 2021). A tal riguardo, N. MAZZA, *Le autonomie territoriali*, cit., 66, secondo cui "la giurisprudenza, soprattutto la giurisprudenza amministrativa, ha costantemente argomentato la natura di norma self-executing dell'art. 12 della direttiva servizi e dunque la sua efficacia diretta anche in assenza di una norma interna di recepimento – al netto del citato d.lgs. n. 59/2010 che, pur avendo formalmente inteso dare attuazione alla direttiva Bolkestein già in quella sede, ha subito una costante neutralizzazione attraverso le ripetute normative di proroga succedutesi nell'ultimo decennio – con conseguente obbligo in capo al giudice di disapplicare la normativa nazionale confliggente con essa e, più a monte, con le norme del Trattato".

72 Sul punto, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁴, cit., 178, secondo il quale "la norma comunitaria provvista di effetto diretto obbliga alla sua applicazione non soltanto il giudice ma tutti gli organi dell'amministrazione nazionale, da quelli dello Stato centrale a quelli degli enti territoriali, quali la Regione e il Comune, anche in forza dell'obbligo di leale collaborazione sancito dall'art. 4, n. 3, del TUE (già art. 10 del TCE)".

73 La Corte costituzionale ha infatti chiarito "che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea" (Corte Costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389).

74 La Corte di giustizia ha chiarito che "Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni" (Corte di Giustizia CE, 22 giugno 1989, C-103/88).

economico)” che l'immediata disapplicazione delle norme nazionali potrebbe avere, anche a fronte delle numerose proroghe intercorse negli anni che hanno portato a una situazione di incertezza che potrebbe ulteriormente essere amplificata “dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto”, ha quindi ritenuto di “modulare gli effetti temporali della propria decisione”⁽⁷⁵⁾, individuando a tal fine la data del 31 dicembre 2023 e dunque riconoscendo un termine di due anni al legislatore nazionale (tenuto conto che le sentenze sono state pubblicate a novembre 2021) per riordinare la normativa in esame e disciplinare il sistema di rilascio delle concessioni.

7. La “nuova” reazione dell'Italia alle sentenze dell'Adunanza Plenaria.

All'indomani delle sentenze del novembre 2021, il legislatore italiano, con la legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), all'art. 3, ha fissato il termine (individuato dalla stessa Adunanza plenaria) del 31 dicembre 2023 per le concessioni in essere prevedendone la loro successiva messa a gara “mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza”⁽⁷⁶⁾. Era stata così avviata l'attività di riordino auspicata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che avrebbe dovuto portare all'indizione delle gare.

L'attività intrapresa si è tuttavia interrotta anche (forse soprattutto) per cause politiche connesse alla caduta dell'esecutivo in carica e alla nascita di un nuovo Governo.

Infatti, dopo appena due mesi dalla formazione del nuovo esecutivo (ottobre 2022), il decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni in legge 24 febbraio 2023, n. 14, ha modificato il predetto art. 3 della legge sulla concorrenza 2021 riconoscendo la validità delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2024 e quindi

⁷⁵ La modulazione degli effetti temporali, seppur priva di una espressa base normativa, è ricavabile dai principi eu-ronitari, sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Dir. soc.*, n. 3, 2021, p.387.

⁷⁶ L'art. 3, della l. n. 118/2022, nel testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale prevedeva che “Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione. Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2023 se il termine previsto è anteriore a tale data. In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione. Il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili trasmette alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente lo stato delle procedure selettive al 31 dicembre 2023, evidenziando in particolare l'esito delle procedure concluse e, per quelle non concluse, le ragioni che ne abbiano eventualmente impedito la conclusione. Il medesimo Ministro trasmette altresì alle Camere, entro il 31 dicembre 2024, una relazione finale relativa alla conclusione delle procedure selettive sul territorio nazionale. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati: a) i commi 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145; b) il comma 2 dell'articolo 182 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; c) il comma 1 dell'articolo 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126”.

prorogandole di un ulteriore anno⁽⁷⁷⁾.

Pertanto, la strada di riordino delle concessioni avviata all'indomani delle sentenze dell'Adunanza plenaria del 2021 non è stata proseguita e i due anni concessi dalle predette sentenze non sono stati utilizzati nella maniera auspicata.

8. La sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2023.

Nel contesto normativo appena delineato è sopravvenuta la sentenza del Consiglio di Stato del 1° marzo 2023⁽⁷⁸⁾. La pronuncia trae origine dal giudizio nel quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva impugnato una delibera di una giunta comunale che, a fronte della normativa nazionale in vigore⁽⁷⁹⁾, aveva disposto una proroga delle concessioni. La sentenza, in realtà, non ha enunciato nuovi principi, limitandosi piuttosto a richiamare e confermare quelli già espressi dall'Adunanza plenaria poco meno di due anni prima. Ha anzitutto ribadito che la direttiva Bolkestein risulta applicabile anche alle concessioni demaniali, non considerando rilevante la distinzione formalistica tra concessione di beni e di servizi. Il Consiglio di Stato ha ribadito poi quattro principi così sintetizzabili: i) l'art. 12 della direttiva Bolkestein "è norma self executing"⁽⁸⁰⁾ e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno" con conseguente disapplicazione delle disposizioni nazionali contrarie; ii) "il dovere di disapplicare la norma interna" riguarda "tanto i giudici quanto la pubblica amministrazione"; iii) l'art. 12 della direttiva in questione prescinde dall'interesse transfrontaliero in quanto si applica anche all'operatore "che intende stabilirsi nel proprio Stato membro"; iv) per le concessioni in esame sussiste "il requisito della

⁷⁷ L'art. 3, della l. n. 118/2022, attualmente vigente prevede che "Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione. Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data. In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione. Il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili trasmette alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente lo stato delle procedure selettive al 31 dicembre 2023, evidenziando in particolare l'esito delle procedure concluse e, per quelle non concluse, le ragioni che ne abbiano eventualmente impedito la conclusione. Il medesimo Ministro trasmette altresì alle Camere, entro il 31 dicembre 2025, una relazione finale relativa alla conclusione delle procedure selettive sul territorio nazionale. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati: a) i commi 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145; b) il comma 2 dell'articolo 182 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; c) il comma 1 dell'articolo 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126".

⁷⁸ Cons. St., VI, n. 2192, 2023.

⁷⁹ La delibera era del 19 novembre 2020 quindi la proroga era quella disposta, fino al 31 dicembre 2033, dall'art. 1, c. 682, 683 e 684 della l. 45/2018 e dall'art. 34 del d.l. n. 34/2020.

⁸⁰ Sul punto, M. CLARICI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 69, secondo il quale le direttive dettagliate, una "volta scaduto il termine previsto per il recepimento da parte degli Stati membri, esplicano un'efficacia diretta negli Stati inottemperanti e possono costituire un parametro che condiziona la legittimità degli atti della pubblica amministrazione".

scarsità della risorsa naturale a disposizione di nuovi potenziali operatori economici”. A fronte di tali principi anche le ultime disposizioni normative⁽⁸¹⁾ che hanno prorogato le concessioni in essere, si pongono quindi “in frontale contrasto” con la direttiva Bolkestein e pertanto devono essere disapplicate “da qualunque organo dello Stato”. La sentenza, come detto, ancorché di immediato impatto pratico, non avendo modulato i propri effetti, non rappresenta una novità, ma si è limitata a fare applicazione di principi già espressi. La stessa sembra pertanto rappresentare più che altro un’inevitabile resa dei conti troppo a lungo rimandata.

9. La nuova bocciatura della Corte di giustizia.

A distanza di poco più di un mese dalla sentenza del Consiglio di Stato di marzo 2023, il 20 aprile 2023, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha emanato una nuova sentenza sulle concessioni balneari italiane⁽⁸²⁾.

La vicenda ha a oggetto il provvedimento di un comune pugliese che aveva prorogato le concessioni in essere in accordo alla normativa nazionale. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva prima trasmesso al comune un parere motivato volto a censurare l’illegittimità della proroga⁽⁸³⁾ e, poi, impugnato dinanzi al TAR competente il provvedimento comunale.

Il TAR Puglia, con l’ordinanza di rinvio, si era discostato dall’orientamento espresso dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sopra citate sentenze gemelle del 2021. In particolare, aveva posto in dubbio sia la natura self executing della direttiva Bolkestein, sia il fatto che quest’ultima potesse essere considerata una direttiva di

81 Art. 10-quater, c. 3, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 14.

82 Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023.

83 Per violazione degli artt. 49 e 56 TFUE nonché dell’art. 12 della direttiva 2006/123.

liberalizzazione (come ritenuto dal Consiglio di Stato) anziché di armonizzazione⁽⁸⁴⁾.

La Corte di giustizia, nel riscontrare i nove quesiti posti dal TAR Puglia, ha ribadito i principi già espressi con il proprio precedente del 2016. Anzitutto, tenuto conto che le disposizioni della direttiva Bolkestein tra cui l'art. 12 si applicano a situazioni “i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro”⁽⁸⁵⁾, tale disposizione “non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo”. La Corte ha confermato poi la validità della direttiva, la quale non doveva quindi essere approvata a unanimità.

In merito alla natura self-executing della direttiva, la Corte ha ricordato che tali direttive, “dal punto di vista del loro contenuto” devono essere “incondizionate e sufficientemente precise”. In particolare, la direttiva è incondizionata “se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione, né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione, o dagli altri Stati membri”. Quanto al fatto che la disposizione debba essere sufficientemente precisa, la stessa deve “poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché

84 Il TAR Puglia, sede di Lecce, ha sollevato la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia con l'ordinanza dell'11 maggio 2022, n. 743 con la quale ha affermato di non condividere l'orientamento dell'Adunanza plenaria, espresso con le sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021, secondo il quale la direttiva Bolkestein sarebbe self executing e ciò “sotto duplice profilo: 1). Sotto il primo profilo deve rilevarsi che, viceversa, nella giurisprudenza nazionale il tema dell'auto-esecutività della direttiva 2006/123 non è mai stato affrontato specificamente, atteso che nella varie pronunce dei giudici amministrativi nazionali la natura auto-esecutiva o meno della direttiva è stata data per scontata sia in senso affermativo, sia in senso negativo, in assenza comunque di alcuno specifico approfondimento. Ed invero, accanto a pronunce che hanno semplicemente dato per scontata e presupposta la natura auto-esecutiva, ricorrono altre sentenze di segno diametralmente opposto, così ad esempio in Consiglio di Stato sentenza Sez. VI 27.12.2012 n. 6682: “la richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati, previa diretta disapplicazione dell'art. 1 comma 18 del DL 194/2009, come convertito in legge 25/2010 (ovvero sia pure implicitamente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia) per incompatibilità di tale disposizione con le norme ed i principi del diritto comunitario, non può trovare accoglimento sia perché la procedura di infrazione è stata archiviata, ... ma soprattutto perché la direttiva 123/06/CE che integra i principi di diritto comunitario non è di diretta applicazione” (CDS VI n. 6682/2012). 2). Sotto ulteriore profilo rileva il Collegio che l'affermazione circa la natura auto-esecutiva della direttiva servizi non sembra contenuta nella sentenza Promoimpresa, nella quale si legge che “gli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123 prevedono una serie di disposizioni che devono essere rispettate dallo Stato membro qualora l'attività di servizio sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione” e che: “si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione”. Appare anzitutto non condivisibile la tesi che ritiene di circoscrivere la natura self-executing al solo disposto di cui all'articolo 12 paragrafi 1 e 2, come invece ritenuto dal Consiglio di Stato nelle sentenze Ad. Plen 17 e 18 del 2021 (par. 26), atteso che l'articolo 12, paradossalmente, al paragrafo 3 espressamente prevede che gli Stati membri debbano “stabilire le regole della procedura di selezione”, tenendo conto in tale sede “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 di interesse generale conformi al diritto (dell'Unione Europea)”. Il TAR inoltre non ha condiviso “l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria che qualifica la direttiva Bolkestein come di liberalizzazione e non di armonizzazione. Deve in proposito rilevarsi che siffatta qualificazione sembra in contrasto con l'interpretazione autentica della direttiva così come desumibile dalla stessa sentenza C.G.U.E. cd. Promoimpresa, nella quale, come già sopra evidenziato, al paragrafo 61 si legge: deve ritenersi che “gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di azione”. Nell'ambito di una direttiva di armonizzazione, quale quella in esame, le norme sopra citate mirano infatti a determinare una armonizzazione esaustiva, nel senso che le stesse non si limitano a prescrivere generiche misure di armonizzazione, bensì l'adozione da parte dello Stato membro di disposizioni attuative di contenuto specifico e determinato. La qualificazione della direttiva Bolkestein come direttiva di armonizzazione trova peraltro supporto nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, atteso che nella sentenza C.G.U.E. Grande Sezione del 30 gennaio 2018 sulle cause C-360/15 e C-31/16 (paragrafo 106) si legge: “al fine di attuare un autentico mercato interno dei servizi, l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2006/123 si basa, come enunciato al suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, da una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio”. Proprio il chiaro tenore letterale del Considerando n. 7 della direttiva Bolkestein, ad avviso del Collegio, comprova ulteriormente che la Bolkestein è una direttiva di armonizzazione, in quanto il legislatore dell'Unione, proprio muovendo dalla rilevante diversità delle situazioni esistenti all'interno dei vari Stati, ha ritenuto di pervenire alla piena integrazione delle differenti normative solo in via mediata” (TAR Puglia, Lecce, sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743).

85 Sul punto, la Corte richiama le “sentenze del 30 gennaio 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, nonché del 22 settembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 e C-727/18, EU:C:2020:743, punto 56” (Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023).

sancisce un obbligo in termini inequivocabili”⁽⁸⁶⁾.

Nel caso in esame, l’art. 12 della direttiva Bolkestein prevede chiaramente che, ove il numero delle autorizzazioni concedibili sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali disponibili, è necessaria l’indizione di una procedura trasparente; in questo modo la direttiva riconosce ai candidati potenziali “un contenuto di tutela minima”. Il paragrafo 2 dello stesso art. 12 prevede, poi, in maniera chiara, un divieto di rinnovo automatico delle concessioni in essere e, anche in questo caso, si tratta di un divieto chiaro per gli Stati membri che non necessita di un atto attuativo. Pertanto, l’art. 12 della direttiva, da un lato, impone l’indizione di procedure, dall’altro lato, vieta il rinnovo automatico delle concessioni in essere. La Corte chiarisce infine che le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise come quella di cui all’art. 12 in esame, devono essere applicate non solo dal giudice nazionale, ma altresì dall’amministrazione “anche comunale”⁽⁸⁷⁾.

In definitiva, anche all’esito dell’ultima sentenza della Corte di giustizia è possibile fissare i seguenti punti: i) l’art. 12 della direttiva Bolkestein è immediatamente applicabile, ii) da questa disposizione derivano degli obblighi diretti ossia di non prorogare le concessioni in essere e bandire gare per il loro rinnovo, iii) le disposizioni interne che violano tali obblighi non devono essere applicate, iv) la disapplicazione delle norme interne e la diretta applicazione dell’art. 12 della direttiva Bolkestein deve avvenire non solo da parte del giudice, ma direttamente da parte dell’amministrazione anche comunale.

10. Possibili nuovi approcci (lato legislatore).

Analizzate quelle che sono le ormai univoche indicazioni giurisprudenziali, conviene domandarsi quanto convenga al nostro Paese continuare a prorogare le concessioni in essere⁽⁸⁸⁾. Ciò porterebbe anzitutto a una quasi certa condanna da parte dell’Unione europea all’esito di una procedura di infrazione⁽⁸⁹⁾.

Al di là di questo, ulteriori proroghe potrebbero in ogni caso non garantire il risultato di consentire agli attuali concessionari di mantenere le concessioni in essere. Infatti, se, come visto, gli amministratori locali sono comunque direttamente tenuti a disapplicare la disciplina interna e ad applicare quella europea, anche nel caso in cui il legislatore nazionale dovesse concedere ulteriori proroghe queste non potranno essere considerate dall’amministrazione locale che sarebbe invece tenuta a bandire gare. In altre parole, proseguire con le proroghe potrebbe essere per il nostro Paese dannoso e inutile.

86 Sul punto la Corte richiama alcuni suoi precedenti ossia le “sentenze del 3 aprile 1968, *Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe*, 28/67, EU:C:1968:17, pag. 226; del 26 febbraio 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, punto 52, e dell’8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (Effetto diretto), C-205/20, EU:C:2022:168, punto 18”. La Corte ha altresì chiarito che “anche se una direttiva lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell’adozione delle modalità della sua attuazione, una disposizione di tale direttiva può essere considerata incondizionata e precisa se pone a carico degli Stati membri, in termini inequivocabili, un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato riguardo all’applicazione della norma da essa enunciata” (Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023).

87 A tal riguardo la Corte cita le “sentenze del 22 giugno 1989, *Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256, punti da 29 a 33, nonché del 10 ottobre 2017, *Farrell*, C-413/15, EU:C:2017:745, punto 33” (Corte Giust. UE, sez. III, C-348/22, 2023).

88 A tal riguardo N. MAZZA, *Le autonomie territoriali*, cit., 78 ss, rileva che per un operatore di diritto la materia delle concessioni balneari può rappresentare “tanto lo scenario ideale quanto quello peggiore di tutti”. Da un lato infatti “è arduo trovare un tema su cui vi sia una tale unanimità in giurisprudenza, nazionale e comunitaria, e una quasi unanimità in dottrina”, dall’altro lato lo stesso tema genera “senso di frustrazione e di impotenza in chi se ne occupa, dovuto al prendere atto che, nonostante tutto quanto detto, Parlamento e Governo [...] si ostinano a produrre normativa illegittima che sortisce danni incalcolabili alla certezza del diritto, alle ragioni dell’economia pubblica e privata alle ragioni di tutela dell’ambiente e in definitiva ai diritti fondamentali dei cittadini, alla cui realizzazione i beni demaniali si pongono come strumentali”.

89 Il 3 dicembre 2020 è stata infatti notificata all’Italia una nuova procedura di infrazione da parte dell’Unione europea per il mancato rispetto della direttiva servizi 2006/123, sul punto cfr. G. COLOMBINI, *Beni pubblici*, cit., 675 ss.

Del resto è stato rilevato come nel quadro delle concessioni demaniali quelle balneari rappresentino un unicum a causa di tensioni e “torsioni sistematiche di lunga durata” tra le quali: la presenza di ostacoli per l'accesso al mercato di nuovi operatori a causa delle continue proroghe, l'inadeguatezza dei canoni che non tengono conto dell'effettiva redditività dei beni concessi e la scarsa considerazione in termini di protezione ambientale delle coste⁽⁹⁰⁾.

Appare pertanto auspicabile l'avvio di un percorso diverso che possa portare a valutare nuove possibili soluzioni per contemperare gli interessi in rilievo (pubblici e privati) partendo da quelli che sono gli strumenti normativi a disposizione anziché proseguire in un inutile scontro frontale con il diritto europeo. Si tratta infatti, come visto, di un conflitto che ciclicamente si ripresenta e nel quale si contrappongono da una parte il legislatore che tenta, insieme agli operatori del settore, di mantenere lo status quo, e dall'altra parte i giudici e le autorità di regolazione che promuovono invece l'introduzione di un cambiamento che passa dal rispetto dei principi europei⁽⁹¹⁾.

Per prospettare nuove soluzioni è necessario, anzitutto, individuare gli interessi che vengono in rilievo e stabilire quali tra questi possano essere tutelati. In primo luogo, vi è ovviamente l'interesse (privato) degli attuali concessionari a mantenere le concessioni sulle quali hanno riposto un affidamento dovuto alle numerose proroghe succedutosi nel tempo. In secondo luogo, l'ulteriore interesse (privato) degli stessi concessionari a veder ammortizzati gli investimenti che, anche in ragione di tale affidamento, hanno fatto nel corso degli anni⁽⁹²⁾. In terzo luogo, l'interesse pubblico a mantenere inalterati i livelli occupazionali, tenuto conto che un cambio di concessionario potrebbe mettere a rischio i posti di lavoro dei dipendenti degli attuali concessionari.

Il primo interesse non potrebbe certamente essere garantito, almeno non direttamente, in quanto necessiterebbe di ulteriori proroghe. Per quanto attiene agli altri due, occorre verificare se vi siano strumenti adeguati a soddisfarli.

A tal riguardo, se è vero che l'art. 12 della direttiva in esame impone l'indizione di procedure pubbliche, è anche vero che il paragrafo 3 dello stesso articolo prevede che gli Stati membri, “nello stabilire le regole della procedura di selezione” possono tenere conto i) di considerazioni di salute pubblica, ii) di obiettivi di politica sociale, iii) della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, iv) della protezione dell'ambiente, v) della salvaguardia del patrimonio culturale e vi) di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Il terzo degli interessi sopra indicati (tutela dei livelli occupazionali) potrebbe facilmente essere inquadrato tra gli obiettivi di politica sociale e la sua tutela potrebbe essere garantita con l'inserimento di clausole sociali all'interno dei bandi di gara che impongano al concessionario entrante di assumere, in via prioritaria, per l'esercizio delle proprie future attività, i dipendenti del concessionario uscente. Quanto al secondo interesse sopra richiamato (esistenza di investimenti non ammortizzati), lo

90 F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia*, cit., 1037 ss. Sul punto N. MAZZA, *Le autonomie territoriali*, cit., 76 ss., rileva come esistano “alcune esperienze regionali che sembrano andare nella giusta direzione, muovendosi al contempo nel senso della valorizzazione del profilo economico della concessione, attraverso la previsione dell'instaurazione della gara pubblica, e in quello della tutela ambientale”.

91 F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia*, cit., 1037 ss.

92 Sul punto, A. CUTOLO, *Concessioni demaniali*, cit., 527, secondo cui “Del resto, quando nel novembre 2021 è intervenuto il Consiglio di Stato, i concessionari erano già titolari di una proroga ex lege dal 2018 che fissava la scadenza del rapporto al 2033. Pertanto gli stessi hanno, con buona probabilità, già avviato un piano di investimenti calibrato su un orizzonte temporale mediamente lungo che viene invece drasticamente a restringersi. Allo stesso modo, l'Adunanza ritiene di non poter ignorare neppure che gli attuali concessionari hanno realizzato, nella maggior parte dei casi, vere e proprie aziende balneari frutto di ingenti costi di avviamento”.

stesso potrebbe essere ricondotto nella clausola residuale prevista dal citato paragrafo 3 qualificandolo come motivo di interesse generale. Appare infatti irragionevole e sproporzionato non prevedere dei meccanismi di ristoro per gli attuali concessionari che, facendo affidamento su proroghe previste da molteplici disposizioni normative, abbiano realizzato investimenti non ancora ammortizzati. Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze gemelle sopra analizzate (nn. 17 e 18 del 2021), richiamando la sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia del 2016 ha riconosciuto, "ove ne ricorrano i presupposti"⁽⁹³⁾, la possibilità di prevedere nelle nuove gare un indennizzo⁽⁹⁴⁾ a tutela di eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti⁽⁹⁵⁾. Del resto, l'assenza di un indennizzo per il concessionario uscente si potrebbe porre in contrasto con il diritto di stabilimento e con la libertà di prestazione dei servizi; infatti, il rischio per un'impresa di non riuscire ad ammortizzare gli investimenti effettuati disincentiva nuovi investimenti, in quanto o limita la platea dei potenziali concorrenti o comunque riduce l'entità degli investimenti che i nuovi concessionari sarebbero disposti a fare⁽⁹⁶⁾.

Inoltre, sebbene non sia possibile prevedere in sede di gara dei meccanismi che determinino un ingiustificato vantaggio per il concessionario uscente, nell'ambito della valutazione della capacità tecnico professionale potranno essere individuati criteri che valorizzino soggetti che abbiano già svolto attività analoghe (incluso quindi il concessionario uscente)⁽⁹⁷⁾.

In definitiva, nella predisposizione delle future procedure potrebbero essere previsti meccanismi che, da un lato, possano ristorare gli attuali concessionari per gli investimenti realizzati e non ancora ammortizzati, dall'altro lato, misure che possano salvaguardare i posti di lavoro nel settore che, come noto, rappresenta un importante asset della nostra economia.

Se pertanto, come visto, esistono possibili strumenti per garantire almeno parte degli interessi dei concessionari uscenti è possibile rilevare come il rinnovo delle concessioni attraverso l'indizione di nuove gare potrebbe rilevare anche in termini di interesse pubblico e in particolare in termini di entrate pubbliche. Come rilevato anche dall'Adunanza plenaria, a oggi, tutti i canoni derivanti dalle concessioni

93 A tal riguardo, "una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede 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" (Corte Giust. UE, sez. V, C-458/14 e C-67/15, 2016).

94 F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali*, cit., 382, secondo il quale "l'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art. 1 del protocollo n. 1 della CEDU". Sul punto anche G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., 395, secondo cui "chi acquisisce la concessione, con essa acquisisce un complesso di beni in cui è ricompreso anche l'avviamento".

95 In particolare, "L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi". Peraltro, al fine di evitare il ripetersi di simili problematiche pro-futuro è bene che la durata della concessione sia contenuta in un tempo ragionevole e sufficiente "al recupero degli investimenti, insieme alla remunerazione del capitale investito" (Cons. St., Ad. plen., 17 e 18, 2021).

96 G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., 394.

97 Sul punto l'Adunanza Plenaria ha infatti chiarito che "Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione dell'accesso al settore di nuovi operatori" (Cons. St., Ad. plen., 17 e 18, 2021).

balneari del nostro Paese ammontano a poco più di cento milioni di euro⁽⁹⁸⁾, cifra particolarmente bassa tenuto conto della grande quantità di concessioni. I canoni sono stati infatti determinati anni fa, come visto, sulla base dei metri quadri concessi e non sulla redditività della concessione e tali canoni non sono mai stati rivisti⁽⁹⁹⁾. Ebbene, le nuove gare avrebbero come oggetto del confronto competitivo anche l'importo dei canoni che i concorrenti sarebbero chiamati a offrire al rialzo e ciò determinerebbe, evidentemente, un aumento di tali importi e quindi delle entrate pubbliche. In altri termini, l'amministrazione, che fino a oggi ha avuto un atteggiamento passivo nella gestione della ricchezza a essa riservata e connessa ai beni demaniali in questione, è quindi chiamata a una gestione più efficiente degli stessi e finalizzata al perseguimento di migliori risultati economici attraverso la massimizzazione del rendimento del proprio patrimonio⁽¹⁰⁰⁾. Infatti, a oggi, l'assenza di regole adeguate ha determinato, oltre all'avvio di numerosi contenziosi, anche difficoltà operative per i comuni, ossia gli enti assegnatari delle funzioni di gestione del demanio marittimo e competenti per l'assegnazione e la revoca delle concessioni, nei rapporti con gli operatori economici⁽¹⁰¹⁾. In tale prospettiva rappresenta certamente un segnale importante l'approvazione da parte del Consiglio dei ministri nel luglio 2023 del decreto legislativo 26 luglio 2023, n. 106, in attuazione della delega di cui all'art. 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118, per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici⁽¹⁰²⁾.

11. Possibili nuovi approcci (lato concessionario).

Chiarite le possibili iniziative da parte del legislatore, è possibile a questo punto verificare se anche il concessionario possa intraprendere iniziative volte a tutelare i propri interessi in linea con la normativa europea. Ciò si rende ancor più necessario se si considerano le peculiarità del mercato delle concessioni balneari del nostro Paese, ove i concessionari sono spesso imprese familiari che anche a fronte delle continue proroghe ex lege sono strettamente legate sotto un profilo economico alle concessioni

⁹⁸ In particolare, “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” (Cons. St., Ad. plen., 17 e 18, 2021).

⁹⁹ Sul punto A. ABRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., 96, secondo cui “*Detta situazione è stata sottoposta all'attenzione della Corte dei Conti – sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, la quale con delibera n. 29-2008-G del 19 dicembre 2008 “La riscossione dei canoni nelle concessioni del demanio marittimo”, ha evidenziato che i canoni per le concessioni con finalità turistico-ricreativa e per la nautica da diporto non sono direttamente commisurati alla redditività della medesima concessione?*”.

¹⁰⁰ M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”*, cit., 409.

¹⁰¹ F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia*, cit., 1037 ss.

¹⁰² Nel comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 43 del 17 luglio 2023, pubblicato sul sito internet del Governo (<https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-43/23174>) si legge che “Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze Giancarlo Giorgetti e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie Roberto Calderoli, ha approvato, in esame definitivo, un decreto legislativo di Attuazione della delega di cui all'articolo 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118, per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici. Al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relativi alle concessioni di beni pubblici, il decreto dispone la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni, denominato SICONBEP e garantisce il coordinamento e l'interoperabilità con gli altri sistemi informativi esistenti in materia. La rilevazione comprende tutti i beni appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile di cui agli articoli 822 e seguenti del Codice Civile che formano oggetto di atti, contratti e convenzioni che comportano l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva di tali beni. Il testo tiene conto dei pareri espressi dal Garante per la protezione dei dati personali e dalla Conferenza unificata”.

in essere⁽¹⁰³⁾. Se da un lato è chiaro come l'interesse degli attuali concessionari sia quello di mantenere la propria concessione, dall'altro lato si contrappone, come visto, la regola ormai non più discutibile della necessità di indizione di gare. Occorre quindi domandarsi se esista uno strumento che consenta una composizione tra questi due aspetti. Ferma la necessità della gara occorre valutare se è possibile inserire all'interno di questa un meccanismo che possa avvantaggiare, o meglio premiare, un concorrente non, ovviamente, per il fatto di essere il gestore uscente, ma piuttosto per il fatto di avere avuto una iniziativa valutabile di pubblico interesse. Un possibile strumento potrebbe essere l'inserimento di un diritto di prelazione⁽¹⁰⁴⁾ in favore di uno dei concorrenti e in particolare di colui che ha proposto un progetto di gestione che ha dato avvio alla procedura di gara. Il legislatore ha espressamente previsto tale strumento nell'ambito della finanza di progetto (c.d. project financing) a iniziativa privata⁽¹⁰⁵⁾. Quest'ultimo rappresenta uno strumento di partenariato pubblico privato la cui finalità è la realizzazione di un'opera pubblica con il concorso di capitali privati⁽¹⁰⁶⁾. In buona sostanza, un privato, di sua iniziativa, può presentare a un soggetto pubblico un progetto per la realizzazione di un'opera⁽¹⁰⁷⁾. Ove l'amministrazione dovesse ritenerla di pubblico interesse, bandirà una gara per la sua realizzazione, gara alla quale potrà partecipare anche il soggetto proponente. Quest'ultimo ove non dovesse risultare l'aggiudicatario potrà o esercitare il diritto di prelazione ragguagliando l'offerta vincitrice o avere il rimborso delle spese sostenute per la fase di progettazione. Tale meccanismo, che inevitabilmente rappresenta una deroga alle ordinarie procedure competitive, è volto a incentivare i privati a promuovere la realizzazione di opere di pubblico interesse premiandoli in corso di gara (che deve comunque esserci) attraverso

103 M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari"*, cit., 412, secondo la quale "Gli stabilimenti balneari spesso si identificano con il nome del titolare originario, trovando nella continuazione della gestione familiare un riscontro alla fidelizzazione che lega l'utente dei servizi offerti con quella località". Sul punto cfr. G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi*, Paper 4 marzo 2020, 3, secondo cui "l'85 per cento dei concessionari in Italia, e sono microimprese legate indissolubilmente al territorio, per le quali non avrebbe senso l'esistenza di una libertà di stabilimento in qualsiasi altro posto non solo d'Europa, ma forse neppure dell'Italia".

104 Sulla nozione del diritto di prelazione cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*⁹, Milano, Giuffrè Editore, 2009, 534, secondo cui "tabvolta o la legge o un patto volontariamente stipulato possono attribuire a un soggetto un diritto di prelazione, ossia il diritto di essere preferito ad ogni altro, a parità di condizioni, nel caso in cui la persona soggetta alla prelazione dovesse decidersi a stipulare un determinato contratto".

105 B. RAGANELLI, *La finanza di progetto (artt. 183-186)* in M. CLARICI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, 1329 ss, secondo la quale "La finanza di progetto, fattispecie italiana sui generis riconducibile in senso lato al c.d. project financing, è uno dei modelli di PPP disciplinato dal Codice sui contratti pubblici, che ambisce a caratterizzarsi essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure normalmente concernente un'opera inserita nella programmazione dell'amministrazione". Sul punto anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, Roma, Dike, 2016, 1606, secondo il quale "L'introduzione dell'istituto nel settore dei contratti pubblici consente di sollevare la P.A., in tutto o in parte, dal rischio e dagli oneri relativi al finanziamento dell'opera (o del servizio) da realizzare, affidando al settore privato la predisposizione e la concretizzazione del progetto, nonché la gestione dell'opera o del servizio finale, incentivandone, al contempo, il livello di efficienza ed assicurandone la piena utilizzazione commerciale". Cfr. anche S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*³, Milano, Giuffrè, 2022, 56.

106 M. CLARICI, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, cit., 435, secondo il quale la finanza di progetto "è una tecnica particolare di realizzazione dei lavori pubblici, alternativa allo strumento della concessione, sperimentata con successo soprattutto nei Paesi anglosassoni e che mira ad azzerare o a ridurre al minimo gli oneri economici a carico dello Stato". Sul punto cfr. anche A. BOITTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, 234, secondo cui "La finanza di progetto (project financing nel mondo anglosassone) costituisce una delle più rilevanti forme di collaborazione tra pubblico e privato rientranti nel novero dei PPP". Cfr. anche R. DE NICOLIS, *I nuovi appalti pubblici Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli editore, 2017, 2139 ss.

107 B. RAGANELLI, *La finanza di progetto*, cit., 1332, secondo la quale "caratteristica fondamentale è che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti (art. 3, comma 1, lett. aaa), bbb) e ccc)". Sul punto cfr. anche R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2021, 41, secondo il quale "La finanza di progetto si è affermata in Gran Bretagna negli anni settanta del secolo ventesimo per rispondere all'esigenza di contenere il debito pubblico, mantenendo inalterata l'efficienza nell'erogazione dei servizi".

o il diritto di prelazione o il rimborso delle spese sostenute per la proposta⁽¹⁰⁸⁾. Tale schema, introdotto dalla c.d. legge Merloni-ter⁽¹⁰⁹⁾, è stato confermato nel codice dei contratti pubblici del 2006, in quello del 2016 e da ultimo in quello del 2023⁽¹¹⁰⁾.

Ebbene, anche nel caso delle concessioni balneari i concessionari uscenti, di propria iniziativa, potrebbero presentare alle amministrazioni un progetto di gestione della concessione, progetto che poi, ove ritenuto di pubblico interesse, dovrebbe comunque essere messo a gara e nell'ambito di questa potrà essere previsto un diritto di prelazione per il proponente. In questo caso gli attuali gestori sarebbero premiati non in quanto concessionari uscenti, ma quali soggetti proponenti. Del resto, anche gli altri operatori potrebbero presentare proposte analoghe e quindi non vi è alcun vantaggio nei confronti del gestore uscente.

Ora, tenuto conto che il diritto di prelazione rappresenta un limite alla concorrenza, occorre verificare se tale diritto possa essere riconosciuto soltanto nell'ambito di un project financing (ove è espressamente previsto per legge) o se anche in procedure diverse aventi a oggetto la concessione di beni pubblici. Nel primo caso, infatti, i gestori uscenti dovrebbero presentare una proposta più elaborata, che abbia tutti gli elementi e i requisiti richiesti dalle disposizioni che disciplinano la finanza di progetto⁽¹¹¹⁾, nel secondo caso invece tali elementi non sarebbero necessari e quindi in capo ai soggetti proponenti vi sarebbe un onere meno gravoso in termini di elaborazione della proposta.

A tal riguardo, sussiste un orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, nell'ambito di una procedura avente a oggetto la concessione di un bene pubblico, risulta illegittima una clausola del bando che riconosca il diritto di prelazione al proponente proprio per violazione dell'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123⁽¹¹²⁾. Infatti, tenuto conto che il diritto di prelazione rappresenta una deroga alla procedura ordinaria, lo stesso necessita di una "base legale" come nel caso della finanza di progetto e non è quindi possibile una sua applicazione analogica⁽¹¹³⁾. Infatti, nella finanza di progetto la deroga alla concorrenza è (eccezionalmente) giustificata dall'esigenza di "compensare l'ingente impiego di risorse richiesto per la predisposizione del progetto di fattibilità e del piano economico-finanziario". In definitiva, secondo tale orientamento per riconoscere il diritto di prelazione è necessario che si ricada nell'ambito del project financing e, per fare ciò, la proposta deve essere caratterizzata da:

108 A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., 242, secondo cui "Nel caso del project financing ad iniziativa privata è ancor più necessario predisporre dei meccanismi che incentivino e valorizzino la formulazione di proposte innovative, evitando il rischio che altri soggetti (ivi inclusa la parte pubblica) possano appropriarsi delle idee formulate o beneficiare delle soluzioni proposte".

109 Ossia la legge 18 novembre 1998, n. 415 la quale ha inserito gli artt. 37-bis e ss. della legge Merloni (legge n. 109/1994).

110 In particolare, nel codice del 2006 (d.lgs. n. 163/2006) era l'art. 153, nel codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016) l'art. 183, nel nuovo codice del 2023 (d.lgs. n. 36/2023) è l'art. 193.

111 Ai sensi dell'art. 183, c. 15, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici, applicabile fino al 30 giugno 2023), la proposta deve contenere "un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione". Ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici, applicabile dal 1° luglio 2023), la proposta deve contenere "un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione".

112 In particolare, è stato affermato che "La clausola di prelazione introdotta nella lex specialis, per cui il proponente che abbia inteso raggugiare la propria offerta economica a quella del miglior offerente deve essergli preferito nell'affidamento della concessione d'uso, integra un indebito vantaggio competitivo per il proponente, vietato dall'articolo 12, comma 3, della direttiva 2006/123/CE. 5.3.1. Tale vantaggio non risulta giustificato da un motivo imperativo d'interesse generale conforme al diritto euro-unitario" (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 1° agosto 2022, n. 1833).

113 Infatti, "Premesso che nel diritto pubblico la clausola di prelazione, in quanto derogatoria del principio di concorrenza, deve avere necessariamente una base legale, il Collegio ritiene di non poter applicare analogicamente alla fattispecie relativa alla concessione d'uso di beni pubblici la disciplina della prelazione legale dettata in materia di affidamento di una concessione mediante il ricorso alla finanza di progetto ad iniziativa di privati" (TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1833, 2022).

i) particolare complessità di confezionamento, ii) spendita di risorse significative, iii) grado di dettaglio del progetto di fattibilità delle opere da realizzare, iv) predisposizione di un piano economico finanziario asseverato, v) erogazione di finanziamenti da rimborsare.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, nell'aprile 2023, ha riformato una sentenza che aveva seguito detto orientamento, ritenendo che una procedura per la concessione di un bene pubblico che riconosca il diritto di prelazione al proponente risulti legittima in quanto coniuga concorrenzialità da un lato e pubblico interesse dall'altro⁽¹¹⁴⁾. Il Consiglio di Stato ha riconosciuto poi che l'inserimento di un simile diritto non contrasta con l'art. 12 della direttiva Bolkestein che vieta soltanto di inserire meccanismi che premino il concessionario uscente in quanto tale, ma non impedisce di prevedere sistemi premiali per i soggetti proponenti⁽¹¹⁵⁾. Né è possibile sostenere, come aveva fatto il giudice di primo grado, che laddove il diritto di prelazione non sia espressamente previsto, lo stesso deve considerarsi vietato; tale automatismo, infatti, oltrepassa "lo spirito della norma europea". Del resto, il diritto di prelazione inserito all'interno della finanza di progetto ha superato il vaglio della Corte di giustizia che ne ha escluso il suo contrasto con i principi di non discriminazione o con le libertà di stabilimento o di circolazione dei servizi⁽¹¹⁶⁾. Allo stesso modo anche la giurisprudenza nazionale ha escluso che la prelazione possa determinare indebite situazioni di vantaggio in capo al promotore⁽¹¹⁷⁾. Del resto, in materia di concessioni balneari, già sotto la vigenza dell'originario art. 37 del Codice della navigazione, la giurisprudenza, nell'offrire una lettura comunitariamente orientata del diritto di insistenza ivi previsto, lo aveva ricondotto a un diritto di prelazione da potersi riconoscere in presenza di tre condizioni: i) equipollenza delle offerte, ii) pubblicità della procedura, iii) assenza di fattori di vantaggio in capo al concessionario uscente⁽¹¹⁸⁾.

In definitiva, nell'ambito di una procedura per la concessione di un bene pubblico è possibile prevedere il diritto di prelazione in favore del soggetto che propone un progetto di gestione dello stesso bene, ove questo venga valutato di pubblico interesse dall'amministrazione e poi messo a gara. Ebbene, nulla osta a che tale progetto possa essere presentato dallo stesso concessionario uscente che godrà, poi, in fase di gara, del diritto di prelazione non in qualità di precedente gestore, ma di promotore di un progetto che potrebbe infatti essere presentato da qualsiasi operatore del settore.

114 In particolare, "La procedura scelta dal Comune si mostra, da questo punto di vista, in grado di meglio coniugare la concorrenzialità con la soluzione più vantaggiosa per il pubblico interesse alla riqualificazione ed alla valorizzazione dell'immobile: essa è, quindi, rispettosa sia delle regole di matrice comunitaria, sia dell'interesse pubblico primario che deve guidare l'azione amministrativa" (Consiglio di Stato, sez. VII, 4 aprile 2023, n. 3486).

115 Infatti, "Dalla disamina della norma europea si evince, dunque, che questa impedisce di adottare sistemi di affidamento della "risorsa scarsa" basati su metodi non concorrenziali. L'inserimento di una clausola di prelazione all'interno di una procedura di gara non forma, perciò, oggetto di un divieto espresso e generalizzato: una simile clausola non è ammessa quando contrasti con l'ora visto criterio regolante l'affidamento della risorsa "scarsa" posto dall'art. 12, come accade nell'ipotesi – che però non ricorre nel caso ora in esame – in cui la prelazione venga accordata al concessionario uscente in virtù di tale sua qualità" (Cons. St., sez. VII, n. 3486, 2023).

116 Corte di Giustizia UE, sez. II, 21 febbraio 2008, C-412/04.

117 Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2021, n. 2680.

118 In particolare, la giurisprudenza aveva chiarito che "che un'interpretazione comunitariamente orientata di detto istituto [diritto di insistenza] porti a subordinarne l'esplicazione al rispetto dei presupposti dati: a) dall'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici (vedi Cons. Stato, sezione V, decisione 27 settembre 2004, n. 27.9.04. n- 6267); b) dalla idonea pubblicizzazione della procedura relativa al rinnovo, in guisa da consentire alle altre imprese interessate la conoscenza del presupposto notiziale necessario al fine di esplicitare, in una logica di par condicio effettiva, le chance concorrenziali in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza; c) dalla necessità di 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" (Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168). Sul punto cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁰, cit., 496 ss. per i quali sussiste un orientamento per cui il diritto di insistenza "può operare, al pari di una prelazione civilistica".

12. Considerazioni conclusive.

Ricostruita la normativa sulle concessioni balneari ed esaminati gli ultimi approdi giurisprudenziali è possibile anzitutto delineare i punti fermi della materia che difficilmente potrebbero essere rimessi in discussione. La normativa nazionale che proroga le concessioni in essere contrasta con quella europea e in particolare con l'art. 12 della direttiva Bolkestein da ritenersi *self executing*. Tale contrasto comporta il dovere, da un lato, di disapplicare le disposizioni nazionali e, dall'altro lato, di applicare quelle europee che impongono la messa a gara delle concessioni. Detta disapplicazione deve essere operata direttamente dagli amministratori locali, anche comunali.

Ciò posto appare quindi giunto il momento per il legislatore nazionale di mutare il proprio approccio nella regolazione della materia ponendo fine al sistema delle proroghe che, oltre a esporre il nostro Paese al rischio di una condanna a seguito di una procedura di infrazione, è probabile che nemmeno avrebbe alcuna utilità, tenuto conto del dovere degli amministratori locali di disapplicare le proroghe eventualmente previste da nuove norme. Di contro, è invece auspicabile che il legislatore predisponga una disciplina uniforme delle gare per il rinnovo delle concessioni, evitando così che queste siano lasciate all'iniziativa delle singole amministrazioni, circostanza che determinerebbe il proliferarsi sul territorio nazionale di leggi di gara diverse tra loro.

Invece, predisponendo discipline uniformi anche attraverso l'elaborazione di "bandi tipo", sarebbe possibile, come visto, prevedere meccanismi omogenei per ristorare i gestori uscenti degli investimenti realizzati e non ancora ammortizzati, magari ponendoli in capo al gestore entrante ed evitando così di gravare sulle casse pubbliche. Per neutralizzare i rischi di tipo occupazionale potrebbero poi essere inserite clausole sociali che impongano al concessionario entrante di assumere, in via prioritaria, per l'esplicitamento delle proprie attività, i lavoratori del precedente concessionario. L'indizione di nuove gare appare valutabile positivamente anche in termini di interesse pubblico, in quanto porterebbe a un incremento dei canoni di concessione e quindi delle entrate pubbliche.

Se queste potrebbero essere le iniziative dal lato del legislatore, anche dalla parte dei concessionari uscenti sono immaginabili iniziative conformi al diritto europeo. Questi potrebbero infatti farsi promotori di progetti di gestione delle concessioni da presentare alle amministrazioni. Queste ultime, ove dovessero valutare di pubblico interesse i progetti presentati, potrebbero metterli a gara prevedendo un diritto di prelazione in favore del soggetto proponente, previsione, come visto, ritenuta legittima, anche nell'ambito di gare per l'affidamento di beni pubblici.

In definitiva sembrerebbe giunto il momento di porre fine allo scontro, da troppi anni in essere, con il diritto europeo e tentare di trovare soluzioni alternative attraverso gli strumenti a disposizione, al fine di contemperare gli interessi (pubblici e privati) in rilievo e giungere finalmente a un nuovo (troppe volte rimandato) punto di equilibrio.