

**(1) La *vexata quaestio* della disapplicazione delle disposizioni nazionali e regionali in materia di proroghe delle concessioni demaniali in contrasto con la disciplina unionale**

La pronuncia del Consiglio di Stato in commento è la più recente espressione di un indirizzo giurisprudenziale in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime più che consolidato (cfr. *ex plurimis* in questa *Rivista*, 2021, 6, 268-278, con nota di D. Costageorgos) e tuttavia bisognoso di conferme ulteriori, considerate le novelle introdotte di tempo in tempo nella disciplina nazionale che continuano a porsi in contrasto patente con le norme euro-unitarie ed in particolare con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce c.d. Bolkestein, e considerata l'applicazione data alle stesse dalle pubbliche amministrazioni. Sta di fatto che all'annuncio di riordino della materia, anche in considerazione delle procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, non ha fatto seguito l'adozione di una normativa volta a garantire la compatibilità con l'ordinamento euro-unitario bensì ripetute proroghe delle scadenze precedentemente fissate (d.l. n. 194/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 25/2010, art. 1, c. 18; l. n. 228/2012; l. n. 145/2018, art. 1, cc. 682-683; d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, art. 182, c. 2).

L'art. 2 della direttiva 2006/123 cit. che sancisce, come noto, l'obbligo di selezione dei candidati per il rilascio delle autorizzazioni, la cui durata deve essere temporalmente limitata e non rinnovabile automaticamente, e quindi il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, è da considerarsi a tutti gli effetti norma *self executing*. Pertanto, essa è direttamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni nazionali (e regionali) con la stessa confliggenti devono essere disapplicate.

La natura *self executing* della direttiva in parola è stata in più occasioni ribadita alla stregua dei criteri enucleati dalla costante giurisprudenza in materia (cfr., in tal senso, *ex plurimis*, Corte giust. C-205/2020; EU:C:2022:168, p. 17) che ha da sempre precisato come una disposizione del diritto dell'Unione, sufficientemente circostanziata e precisa, possa trovare applicazione da parte del giudice. Allorché essa sancisca un obbligo in termini inequivocabili e ancorché lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità per la sua attuazione. Una disposizione del diritto unionale può essere, comunque, considerata incondizionata e precisa se pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato e se la discrezionalità affidata ai soggetti che devono dare alla stessa attuazione non toglia la possi-

bilità di determinare la tutela minima che deve essere applicata a favore delle posizioni giuridiche soggettive tutelate.

Nel caso di specie la tutela minima è a favore dei soggetti potenziali candidati di una procedura ad evidenza pubblica che ambiscano ad ottenere autorizzazioni concessorie del demanio marittimo, il cui numero è evidentemente limitato per via della scarsità delle risorse naturali (sul punto v. Cons. Stato, Ad. plen., n. 18/2021 ove, sulla base dei dati forniti dal Ministero delle infrastrutture, si evidenzia che le coste sabbiose nel nostro Paese sono interessate dalla presenza di stabilimenti balneari per almeno il 50 per cento della loro estensione, con picchi del 70 per cento in alcune regioni quali Liguria, Emilia-Romagna e Campania; la percentuale è sicuramente molto elevata se solo si considera l'incremento costante del fenomeno dell'erosione dei litorali e contemporaneamente la situazione di abbandono e di inquinamento in cui versano alcuni tratti costieri a livelli tali da impedirne l'utilizzo per finalità turistico-ricreative).

Alla luce del disposto dell'art. 12 della direttiva 2006/123 il rilascio delle concessioni demaniali marittime deve avvenire per un tempo limitato e non può essere automaticamente rinnovabile e, pertanto, è imposto agli Stati membri l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i potenziali candidati (cfr. Corte giust., 14 luglio 2016, C-458/14).

In ordine, poi, al dovere di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con le norme euro-unitarie, la giurisprudenza della Corte di giustizia è consolidata nel senso che esso sussista in capo non soltanto al giudice quanto anche alle autorità amministrative. Come nel caso di specie anche quelle territoriali. Ciò non potrebbe essere logicamente diverso se solo si pensa alla circostanza, come nel caso di specie, in cui l'amministrazione si ritenga in dovere di applicare la norma interna, sebbene in contrasto con quella unionale e tale contrasto e l'affermazione dei correlati diritti debbano essere, con evidente aggravio di tempi e di costi oltre che con grave compromissione del principio di certezza del diritto, rimessi unicamente alle cure del giudice.

La sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della pubblica amministrazione costituisce un approdo consolidato della giurisprudenza europea e nazionale (cfr. *ex plurimis* Corte giust., 22 giugno 1989, C-103/1989; Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389 e Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1991, n. 452) che ha in più occasioni ribadito come tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, debbano riconoscere alle norme comunitarie natura di diritto legittimo e vincolante che impone il dovere di disapplicazione di quelle nazionali contrastanti.

La sentenza in commento è stata occasionata dal gravame promosso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la riforma della sentenza Tar Puglia, Lecce, n. 981/2021 con la quale il giudice di prime cure aveva respinto il ricorso proposto dalla stessa autorità contro il Comune di Manduria per l'annullamento della delibera della giunta dell'anzidetto ente locale (19 novembre 2020, n. 27), avente ad oggetto, tra l'altro, "l'atto di indirizzo per l'applicazione dell'estensione *ex lege* (art. 1, cc. 682 e 683, l. n. 45/2018) della durata delle concessioni demaniali marittime vigenti", nonché delle annotazioni apposte in calce ai titoli concessori, indicative della proroga del titolo concessorio fino al 31 dicembre 2033 e relative a tutti i concessionari autorizzati dal comune.

L'impugnativa proposta dall'Autorità è del tutto in linea con la missione istituzionale alla stessa affidata che è proprio quella di tutelare la libertà di concorrenza, lesa, nel caso di specie, dalla scelta del comune resistente di non fare luogo alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali scadute. Appare evidente, infatti, come la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari scoraggi gli

*Fatto e diritto* – Con deliberazione della Giunta comunale 19 novembre 2020, n. 27, il Comune di Manduria, preso atto di quanto disposto dall'art. 1, cc. 682, 683 e 684 della l. 30 dicembre 2018, n. 45 e dall'art. 182, c. 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, ha dato indicazioni al responsabile del competente servizio per la predisposizione degli atti finalizzati all'estensione, sino al 31 dicembre 2033, del termine di durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Tali concessioni sono state, poi, concretamente prorogate con apposite annotazioni apposte in calce ai relativi titoli.

Ritenendo la detta delibera e le concrete proroghe, in contrasto con gli artt. 49 e 56 T.fue e, in generale, con la normativa unionale contenuta nella direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/Ce (c.d. direttiva *Bolkestein*), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) ha notificato al comune il parere motivato di cui all'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, evidenziando l'esigenza del previo espletamento di procedure a evidenza pubblica al fine di assicurare

---

investimenti in un settore importante dell'economia nazionale, ostacolando di fatto la modernizzazione che potrebbe derivare dall'ingresso sul mercato di nuovi fornitori di servizi, titolari delle concessioni. In questa direzione deve evidenziarsi anche la posizione espressa in più occasioni dalla Consulta (Corte cost. n. 180/2010) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni in considerazione del fatto che le stesse determinavano un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo violando il principio di parità di trattamento.

La stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata protagonista del contenzioso approdato davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in ragione del rinvio pregiudiziale disposto dal Tar Puglia, ai sensi dell'art. 267 T.fue, con ordinanza dell'11 maggio 2022, nel procedimento promosso dall'Agcom contro il Comune di Ginosa. Quest'ultima amministrazione comunale, infatti, non si è adeguata al parere motivato dell'Autorità riguardante l'obbligo di previa procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali nel rispetto delle disposizioni volte a tutelare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi. L'Alta Corte si è espressa con la sentenza del 20 aprile 2023 (C-348/22) confermando ancora una volta la piena validità ed efficacia vincolante della Direttiva *Bolkestein*, nonché l'efficacia diretta e la formulazione incondizionata e sufficientemente precisa delle disposizioni recate dall'art. 12 par. 1 e 2 che pertanto possono essere considerate produttive di effetti diretti. Oltre a ciò, la Corte ha ribadito che l'art. 288, c. 3, T.fue dispone l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale confliggente con quella europea nei confronti non solo del giudice nazionale ma anche delle autorità amministrative, comprese quelle comunali (cfr. *ex plurimis* Corte giust. 22 giugno 1989, C-103/88 e 10 ottobre 2017, C-413/15). Infine, è stato nella stessa sede precisato che l'art. 12 deve essere interpretato nel senso che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili vadano valutate con un approccio generale e stratto a livello nazionale e caso per caso a livello territoriale, basandosi sull'analisi del territorio costiero comunale. [P. COSA]

il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento, anche in ambito transfrontaliero, significando, in particolare, il contrasto della normativa nazionale di proroga delle concessioni di cui trattasi con la direttiva n. 2006/123/Ce, con conseguente obbligo di disapplicazione da parte di tutti gli organi dello Stato, sia giurisdizionali sia amministrativi.

Successivamente, poiché l'amministrazione comunale non si è adeguata ai rilievi mossi dall'Autorità, quest'ultima ha impugnato la menzionata delibera, n. 27/2020 con ricorso al Tar Puglia, Lecce, il quale, con sentenza 29 giugno 2021, n. 981, per un verso, lo ha dichiarato inammissibile e, per altro verso, ritenuto di doverlo, comunque, esaminare nel merito, lo ha respinto.

Avverso la sentenza ha proposto appello l'Agcm.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio il Comune di Manduria, la Lega navale italiana e la Ca.De.Me. Campo dei Messapi s.r.l. (d'ora in poi solo Ca.De.Ma.), la quale ha, anche, proposto appello incidentale.

Con successive memorie tutte le parti, a eccezione del comune, hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 16 febbraio 2023 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va disattesa la richiesta di sospensione "impropria" del presente giudizio, avanzata sia dalla Ca.De.Ma., sia dalla Lega navale italiana, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea su varie questioni pregiudiziali, concernenti la direttiva *Bolkestein*, sottoposte dal Tar Puglia, Lecce con ordinanza 11 maggio 2022, n. 743.

E invero, la facoltà del giudice di procedere alla sospensione impropria del giudizio fa capo ad un potere ampiamente discrezionale che trova la propria giustificazione nel principio di economia dei mezzi processuali.

Tale facoltà va temperata col disposto dell'art. 73, c. 1-*bis*, c.p.a. il quale stabilisce, espressamente, che il rinvio della trattazione della causa può essere disposto solo per casi eccezionali.

Alla luce delle esposte considerazioni, se il giudizio può essere, comunque, definito, indipendentemente dalla decisione della questione pregiudiziale sollevata in una diversa causa, non c'è spazio per la sospensione impropria, la quale, ove accordata, comporterebbe una violazione del principio di ragionevole durata del processo, fissato dall'art. 111, c. 2, Cost., il quale assume particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici.

Nel caso di specie, le questioni dedotte possono essere risolte, come più sotto verrà meglio puntualizzato, alla luce dei principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18 e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 *Promoimpresa*, e

tanto basta a negare la reclamata sospensione del processo.

E del resto, nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla sentenza 6 ottobre 1982, in C-283/81, Cilfit (di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande camera, nella sent. 6/10/2021, in C-561/19), i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. La questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non appaiono idonei a indurre ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del Tar Puglia, Lecce.

Nell'economia del presente giudizio assume rilievo pregiudiziale la trattazione dell'appello incidentale.

Col primo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a disattendere l'eccezione di inammissibilità del ricorso promosso da Agcm, basata sull'illegittimità costituzionale della norma, di cui dell'art. 21-bis, l. n. 287/1990, che attribuisce all'Autorità la legittimazione *“ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*.

Il giudice di prime cure in realtà si sarebbe limitato ad affermare l'esistenza del potere di agire senza esaminare la prospettata questione di costituzionalità, incentrata sul fatto che il potere d'impugnazione sarebbe sganciato da ogni collegamento col carattere soggettivo imposto alla giurisdizione amministrativa, di modo che l'azione sarebbe finalizzata unicamente a perseguire la legalità dell'azione amministrativa.

La doglianza non merita condivisione risultando la prospettata questione di costituzionalità manifestamente infondata.

La disposizione, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale, che potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art 103 Cost., delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione di tipo soggettivo, benché riferito ad un'Autorità pubblica.

La norma, invero, non introduce un generalizzato controllo di legittimità, bensì un potere di iniziativa che, integrando quelli conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 ss. l. n. 287/1990, risulta finalizzato a contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 20).

La particolare legittimazione ad agire di cui si discute non può dirsi generalizzata, perché operante sol-

tanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

L'interesse sostanziale, a tutela del quale l'Agcm può ricorrere, ex art. 21-bis l. n. 287/1990 cit., assume i connotati dell'interesse a un bene della vita, nella specie quello al corretto funzionamento del mercato, che trova tutela a livello comunitario e costituzionale, e del quale l'Agcm, secondo la l. n. 287/1990, è, istituzionalmente, portatrice.

L'Autorità, quindi, in base alla menzionata normativa, è preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, circostanza questa idonea a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-bis cit.

La scelta del legislatore di attribuire all'Autorità un potere di agire a tutela di tale interesse, costituisce un'opzione di stretto diritto positivo, che lungi dall'essere contraria al vigente quadro costituzionale, si inserisce, anzi, nell'ambito degli strumenti di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre, del resto, sempre più frequenti esempi di legittimazione ad agire, in qualche modo sganciata dai canonici criteri di individuazione della situazione di interesse legittimo.

Si pensi, in primo luogo, alle due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (legittimazione delle associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e delle loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti; legittimazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi).

Un altro esempio si rinviene nel d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, che, in attuazione dell'art. 4 l. 4 marzo 2009, n. 15, ha riconosciuto ai *“titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori”* il potere di agire al fine di *“ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio”*.

Un'ulteriore esempio ancora può trarsi dall'art. 52, c. 4, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, in materia di *“Potestà regolamentare generale delle province e dei comuni”*, secondo il quale *“Il Ministero delle finanze può impugnare i regolamenti sulle entrate tributarie per vizi di legittimità avanti gli organi di giustizia amministrativa”*.

Al riguardo, si è ritenuto che tale disposizione attribuisca *“al Ministero dell'economia e delle finanze una sorta di legittimazione straordinaria a ricorrere alla giustizia amministrativa, per l'annullamento dei*

*regolamenti e degli atti in materia di tributi adottati dall'ente locale, per motivi di legittimità. Tale legittimazione [...] prescinde dall'esistenza di una lesione di una situazione giuridica tutelabile in capo allo stesso dicastero, configurandosi come una legittimazione ex lege, esclusivamente in funzione e a tutela degli interessi pubblici la cui cura è affidata al Ministero dalla stessa legge (cfr. Cons. Stato, Sez. III, parere del 14 luglio 1998)"* (così Cons. Stato, 17 gennaio 2018, n. 267).

In definitiva, l'art. 21-bis della l. n. 287/1990 assegna all'Autorità una legittimazione straordinaria, che si inserisce in un sistema nel quale rileva il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; 15 maggio 2017, n. 2294) del tutto coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 103 e 113 Cost.

Col secondo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a ritenere irrilevante, ai fini dell'ammissibilità del gravame, l'omessa impugnazione delle circolari nn. 25 febbraio 2019, n. 4184 e 28 ottobre 2019, n. 21804, nonché degli ulteriori atti di indirizzo espressi dall'Ufficio demanio della Regione Puglia.

Con tale atti, infatti, l'amministrazione regionale avrebbe inteso garantire, con effetto vincolante, una gestione unitaria, a livello regionale, dell'art. 1, cc. 682 ss., l. n. 145/2018, esercitando il proprio potere di "programmazione, indirizzo e coordinamento generale", ai sensi dell'art. 6, c. 1, l. reg. 10 aprile 2015, n. 17 e in coerenza con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, c. 1, Cost.

La doglianza è infondata.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, attraverso gli atti di che trattasi, la regione per un verso si è limitata a dare indicazioni procedurali per l'attuazione della proroga legale, mentre nella specie ciò che si contesta e la possibilità, a monte, di procedere alla proroga, per altro verso, ha espresso il proprio avviso sulla natura asseritamente vincolante della normativa statale e, com'è noto, dalle circolari interpretative di norme primarie non sorge alcun vincolo per il giudice (Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2013, n. 5714).

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel non aver rilevato l'inapplicabilità alla fattispecie della direttiva *Bolkestein*, atteso che, oggetto delle concessioni demaniale, sarebbe un bene e non un servizio, data la prevalenza della componente fisica, come sarebbe confermato anche dalla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2014.

Nemmeno questa doglianza merita condivisione.

Al riguardo è sufficiente richiamare quanto al riguardo stabilito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, nelle quali si è affermato che: «non ha pregio neanche l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123.

*Come si è visto, a sostegno di tale posizione si osserva, in sintesi, che la concessione attribuisce il bene [rectius: il diritto di sfruttarlo], ma non autorizza l'esercizio dell'attività e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi.*

*Tale impostazione risulta, tuttavia, meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente).*

*Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivisitata nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi. Dall'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per "servizio", ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 57 Tfeue, 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'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (Corte giust., grande sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).*

*La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "Tassazione dei porti in Italia" contiene l'affermazione per cui "la locazione di proprietà demaniale dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica". È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.*

*Del resto, come ricordato dalla Corte di giustizia nella più volte citata sentenza *Promoimpresa*, "il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni". E la stessa sentenza ha chiaramente affermato che "tali concessioni possono*

*quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto 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”.*

*L’Adunanza plenaria non può che condividere tali conclusioni e ribadire che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell’art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all’obbligo di gara».*

Col quarto motivo si lamenta che il tribunale non avrebbe pronunciato sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso, qui riproposte, con le quale si era dedotto che:

a) rispetto alla Ca.De.Me., non sarebbe configurabile alcuna lesione della concorrenza, in quanto l’area demaniale in concessione avrebbe carattere di pertinenza della proprietà privata della medesima e sarebbe raggiungibile, esclusivamente, per il tramite di quest’ultima;

b) non fosse ipotizzabile alcuna scarsità della risorsa naturale in quanto su 16 km di coste, di cui 3 km sono destinati a concessioni demaniali, solo 500 metri sarebbero attualmente oggetto di concessione.

Nessuna dei due profili di censura merita accoglimento.

Con riguardo al primo occorre prioritariamente rilevare che costituisce oggetto d’impugnazione un atto di carattere generale, con cui il comune, senza specifico riferimento alla concessione dell’appellante incidentale, ha dato indicazione ai propri uffici per l’automatica proroga di tutte le concessioni demaniali marittime in essere nel territorio comunale e tale atto, di per sé, si pone in contrasto con il diritto europeo più volte richiamato.

Conseguentemente è ininfluenza, ai fini di causa, la specifica situazione della Ca.De.Me., la quale potrà, eventualmente, assumere rilevanza solo in relazione al concreto provvedimento con cui dovesse essere negata l’estensione della durata della concessione.

Al di là di ciò, come correttamente dedotto dall’Agcm, dalla relazione tecnica prodotta nel giudizio di primo grado dalla stessa Ca.De.Me., si ricava come non sia affatto vero che l’area in concessione sia raggiungibile esclusivamente attraverso la sua struttura alberghiera, né è dirimente il fatto che la stessa abbia carattere pertinenziale rispetto a tale struttura.

Relativamente al secondo profilo basta richiamare le affermazioni delle menzionate sentenze dell’Adunanza plenaria n. 17 e n. 18/2021 secondo cui: *“nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione”.*

Considerato che, ai fini di stabilire l’entità della risorsa in questione, occorre aver riguardo alla situazione del territorio comunale (Corte giust. Ue, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e 67/15) e che, come emerge dalle stesse affermazioni dell’appellante incidentale, nel Comune di Manduria l’arenile concedibile per finalità turistico ricreative è di appena 3 km, di cui 500 mt già assegnati in concessione, deve ritenersi che nel detto comune sia dimostrata la scarsità del bene di che trattasi.

Esaurita la trattazione dell’appello incidentale, può passarsi all’esame di quello principale.

Col primo motivo si denuncia l’errore commesso dal Tribunale nel dichiarare inammissibile il ricorso sul presupposto dell’omessa deduzione di censure di incostituzionalità nei confronti dei cc 682 e 683 dell’art. 1 della l. n. 145/2018, qualificate come norme provvedimento.

Il giudice di prime cure non avrebbe, infatti, considerato che le critiche mosse dall’appellante alla delibera impugnata si appuntavano sull’omessa disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con la direttiva *Bolkestein*, che, con norma *self executing* (l’art. 12), vieterebbe agli Stati membri di stabilire procedure di “rinnovo automatico” delle concessioni in scadenza.

Conseguentemente, nell’economia del presente giudizio, sarebbe del tutto irrilevante l’omessa deduzione di censure di costituzionalità, atteso che nella fattispecie l’antinomia concretamente fatta valere riguarderebbe il rapporto tra il diritto interno e quello europeo dotato di efficacia diretta, nell’ordinamento interno per il tramite di norme sovranazionali c.d. “auto-esecutive”.

In ogni caso, il ricorso non avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile, stante la norma di cui all’art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87, che consente al giudice di sollevare d’ufficio la questione di legittimità costituzionale.

Col secondo motivo si censura l’appellata sentenza per aver affermato l’assenza di lesività della delibera impugnata riconnettendosi la stessa direttamente all’art. 1, cc. 682 e 683 della l. n. 145/2018.

Difatti, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, attraverso la contestata delibera il comune avrebbe dato concreta attuazione a una disciplina normativa interna contraria all’art. 12 della citata direttiva n. 2006/123/Ce e quindi da disapplicare.

Le due doglianze, che si prestano a una trattazione congiunta, meritano accoglimento.

Va, in primo luogo, rilevato che, con la delibera n. 27/2020 e con gli atti sulla base della stessa adottati, il Comune ha espressamente inteso dare attuazione alla disciplina dettata dai cc. 682 e 683 dell’art. 1 della l. n. 145/2018, disponendo la proroga delle concessioni in essere.

Il che, indipendentemente dalla configurabilità delle suddette disposizioni come legge-provvedimento, ha indubbiamente dato luogo a una lesione concreta e

attuale dell'interesse, alla libertà di concorrenza e al corretto funzionamento del mercato, di cui l'Autorità è istituzionalmente portatrice, posto che il comune, anziché orientarsi per l'applicazione del diritto unionale, attivando, di conseguenza, le procedure a evidenza pubblica per la riassegnazione delle concessioni scadute, ha scelto di adeguarsi alla normativa interna disponendo l'estensione automatica del termine di scadenza delle concessioni in essere.

Non è quindi dubbio l'interesse dell'Agcm all'immediata impugnazione degli atti gravati.

Ciò posto, non ha pregio, come rilevato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nelle citate sentenza n. 17 e 18/2021, *“la tesi volta a sostenere che la disposizione in questione (l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce) non potrebbe considerarsi self-executing, perché non sufficientemente dettagliata o specifica.*

*Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Pur essendo auspicabile (come si dirà nel prosieguo con maggiore dettaglio) 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.*

*27. Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate”.*

Orbene, in base a ormai più che pacifici e consolidati principi in materia di rapporto tra normativa interna e normativa unionale autoesecutiva, in caso di

contrasto tra le due deve darsi precedenza alla seconda, con conseguente necessità che tutte le autorità dello stato membro, siano essi organi giurisdizionali o pubbliche amministrazioni, disapplicino la norma interna a favore di quella sovranazionale (Corte cost. n. 170/1984; n. 389/1989; n. 102/2008; n. 227/2010; Cons. Stato, Ad. plen. n. 17 e 18/2021 cit., Sez. VI e n. 430/2001).

Alla luce degli esposti principi, i rilievi sulla base dei quali il Tribunale ha dichiarato il ricorso inammissibile sono del tutto inconferenti, atteso che l'odierna appellante aveva dedotto il contrasto dell'art. 1, cc. 682 e 683, l. n. 145/2018 con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce, e ciò era sufficiente a far sorgere il dovere del giudice di prime cure di pronunciare nel merito della prospettata questione di compatibilità della norma interna e della delibera comunale che ne ha fatto applicazione, col diritto unionale.

Col terzo motivo si contesta l'affermazione del giudice di prime cure secondo cui l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce non avrebbe carattere autoesecutivo, per cui, in assenza di norme interne di dettaglio e attuative, relative, tra l'altro, alle modalità con cui attivare le procedure a evidenza pubblica, lo stesso non sarebbe immediatamente applicabile.

Il Tribunale, infatti, non avrebbe colto che non era stata dedotta la natura *self executing* della direttiva nella sua interezza o del suo art. 12, bensì della specifica e puntuale “norma di divieto”, contenuta in tale articolo, la quale ha sicuramente “efficacia diretta”, prevedendo un obbligo chiaro, preciso, completo e incondizionato a carico degli Stati membri.

Inoltre, diversamente da quanto affermato dal medesimo giudice, l'applicabilità del divieto contenuto nell'art. 12 della direttiva Bolkestein opererebbe indipendentemente dal fatto che le concessioni prese in considerazione rivestano interesse transfrontaliero certo.

Non sarebbe nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui le spiagge non costituirebbero una risorsa scarsa.

Col quarto mezzo di gravame si lamenta che, diversamente da quanto sostenuto dal giudice di primo grado, l'obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante col diritto unionale, sussisterebbe anche in capo alla pubblica amministrazione.

Si sostiene, infatti, che quest'ultima dovrebbe *“nel caso di una direttiva, attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione di legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggettivo quanto opinabile convincimento della natura self executing di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita”.*

Solo il giudice, in definitiva, avrebbe il potere di disapplicare la norma nazionale non coerente col diritto dell'Unione.

Le due censure, entrambe infondate, possono essere affrontate in unico contesto.

Ai fini della sua reiezione è sufficiente fare riferimento ai principi enunciati, in sede nomofilattica, nelle citate sentenze dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nn. 17 e 18/2021 con le quali, in coerenza con l'orientamento in materia espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza Promoimpresa, è stato affermato che:

a) l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce, laddove sancisce il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è norma *self executing* e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate (cfr., in termini, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VII, n. 1780/2023; n. 5625/2022; n. 810/2022);

b) il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria autoesecutiva, riguarda, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tanto i giudici quanto la pubblica amministrazione (Corte Cost., n. 389/1989; Cons. Stato Sez. VI, n. 7874/2019; n. 3072/2006; Corte giust. Ue, 22 giugno 1989, in C-103/88, Fratelli Costanzo, e 24 maggio 2012, in C-97/11, Amia);

c) l'art. 12 della menzionata direttiva 2006/123/Ce, prescinde del tutto «dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che "l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva" (Corte giust., Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103)»;

d) come più sopra rilevato in sede di esame dell'appello incidentale, i fini dell'applicabilità dell'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative deve ritenersi sussistente il requisito della scarsità della risorsa naturale a disposizione di nuovi potenziali operatori economici.

In conclusione, giova soltanto soggiungere che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18/2021, non solo i cc. 682 e 683 dell'art. 1 della l. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, c. 3, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.

L'appello principale dev'essere, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari del doppio grado di giudizio.

*P.q.m.*, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. VI, definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così dispone:

a) accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti con esso impugnati;

b) respinge l'appello incidentale.

\* \* \*