

CONSIGLIO DI STATO

1074 – Consiglio di Stato, Sezione V; sentenza 31 gennaio 2023; Pres. Caringella, Est. Manca; F.C. c. Roma Capitale.

Conferma Tar Lazio, Sez. II, 30 luglio 2015, n. 10486.

Servizi pubblici – Concessione – Lavori strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche – Affidamento – Procedura.

D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 l. 6 luglio 2002, n. 137, art. 52; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, artt. 30, 143, c. 5.

Servizi pubblici – Concessione – Lavori – Studio di fattibilità – Annullamento in autotutela – Termini.

L. 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, art. 21-*nonies*; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 143, c. 5; l. 7 agosto 2015, n. 124, deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, art. 1.

Responsabilità civile – Amministrazione pubblica – Concessione di servizi – Procedura concorsuale – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Risarcimento – Criteri.

C.c., art. 1337.

Qualora i lavori siano strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, deve trovare, comunque, integrale applicazione il codice dei contratti pubblici, pertanto, le concessioni dei servizi possono essere affidate solo attraverso una procedura basata sulla predeterminazione dei criteri selettivi.

*Il nuovo termine di diciotto mesi, ora diventato di dodici mesi, entro il quale deve intervenire l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, vista la natura innovativa della disposizione, è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. n. 124/2015 (avvenuta il 28 agosto 2015), mentre per quelli precedenti la valutazione va condotta alla stregua del canone di ragionevolezza, facendo riferimento al "termine ragionevole" richiamato dalla versione antecedente alle modifiche sopra richiamate.*

Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, per l'annullamento di una procedura concorsuale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, deve essere riconosciuto nel caso in cui il concorrente venga coinvolto in una procedura che sin dall'origine era da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione (in motivazione si precisa che il risarcimento può riguardare il solo interesse negativo rappresentato dalle spese sostenute per aver partecipato alla procedura e dai mancati profitti per le mancate occasioni, ossia tutti i contratti non conclusi per

aver partecipato alle trattative; il lucro cessante necessita, comunque, di un'espressa prova da parte del soggetto danneggiato e non può essere presunto). (1)

Fatto e diritto – 1. La ditta individuale *Omissis* ha partecipato alla procedura indetta da Roma Capitale per la dotazione di servizi, la riqualificazione e la manutenzione del verde pubblico nelle aree denominate "Punti verde ristoro". Con la determinazione dirigenziale del 23 dicembre 2014 Roma Capitale ha annullato d'ufficio la predetta procedura.

Il provvedimento è stato impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che, con la sentenza in epigrafe, lo ha respinto.

L'amministrazione aveva motivato l'annullamento in autotutela con particolare riferimento al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e al d.p.r. n. 554/1999, vigenti *ratione temporis*, in quanto l'amministrazione non aveva posto a base di gara un preventivo studio di fattibilità, come disposto dall'art. 143, c. 5, d.lgs. n. 163/2006 in materia di concessione di lavori pubblici, non essendo così possibile svolgere una valutazione dei vincoli ambientali, storico-archeologici e paesaggistici eventualmente interferenti sulle aree e sugli immobili interessati dagli interventi.

Inoltre, l'avviso pubblico risultava carente del disciplinare di gara e dei contenuti per l'individuazione e descrizione dell'intervento necessari a garantire l'omogeneità e la comparabilità nella valutazione delle offerte più vantaggiose per l'amministrazione.

Infine non sarebbe stata osservata la procedura autorizzativa di cui all'art. 52 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 nonché della delibera del commissario del Comune di Roma n. 50/2008 la quale prevedeva che i progetti di riqualificazione delle aree verdi e dei manufatti eventualmente esistenti nelle ville e nei parchi giochi dovessero ottemperare alle normative specifiche derivanti dai vincoli monumentali e paesistici che vi insistono e che, previo parere della Soprintendenza, per tutte le aree vincolate dovessero essere inseriti nel bando di gara chiari riferimento guida per la progettazione delle strutture dei punti di ristoro.

2. Il giudice di primo grado ha motivato la decisione di rigetto sull'assunto che, nell'ipotesi in cui i lavori siano strumentali ad una concessione di servizi (quale definita dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006) e siano quindi diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, il codice dei contratti pubblici trovi integrale applicazione, non solo nell'ipotesi in cui i lavori siano eseguiti dagli stessi concessionari ma anche in quella in cui questi ultimi operino quale stazione appaltante.

2.1. Ha rilevato, inoltre, che lo studio di fattibilità non è previsto esclusivamente nell'ambito della con-

(1) Segue la nota di L. Giannetti, *Limiti di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006 alle concessioni di servizio. Quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale amministrativa a seguito dell'esercizio di autotutela.*

cessione di lavori, costituendo lo stesso il primo stadio della programmazione di tutte le opere pubbliche, indipendentemente dalla modalità di affidamento. Anche la progettazione preliminare sarebbe necessaria poiché diversamente verrebbe attribuita al concessionario un'inammissibile discrezionalità nel definire i caratteri tecnico-economici della prestazione.

2.2. Infine, per quanto attiene alle carenze relative all'inquadramento storico-archeologico, ambientale e paesaggistico degli interventi, il giudice di primo grado ha ritenuto che le stesse non potessero essere sanate mediate l'inserimento di un rappresentante del Ministero dei beni culturali nella commissione giudicatrice, ovvero mediante l'espressione postuma del parere del medesimo Ministero in ordine ai progetti presentati dai concorrenti: è infatti in sede di studio di fattibilità, così come espressamente previsto dall'art. 14 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, che l'amministrazione è tenuta a descrivere ed analizzare “*ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento*” i “*requisiti dell'opera da progettare*” e “*caratteristiche*” e i “*collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento*” nonché ad individuare “*le misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici*”. Nel caso di specie sarebbe mancato del tutto l'indispensabile approfondimento tecnico propedeutico all'approvazione del progetto preliminare di un'opera pubblica.

2.3. Relativamente al risarcimento del danno il Tar ha ritenuto fondata la domanda relativa al risarcimento del danno precontrattuale data la condotta colposa dell'amministrazione che aveva indetto una gara *contra legem* e indotto così i partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara e dei suoi esiti finali. Ha riconosciuto il danno emergente costituito dalle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, non essendo stato provato il danno da lucro cessante.

3. Ha proposto appello il sig. *Omissis*, articolato in otto motivi di ricorso con i quali vengono riproposti i motivi di primo grado relativi alla qualificazione della concessione e alla responsabilità aquiliana dell'amministrazione.

4. Si è costituita in giudizio Roma Capitale concludendo per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

5. All'udienza straordinaria del 22 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con l'appello il sig. *Omissis* ripropone i motivi di ricorso di primo grado con i quali assume che la concessione in oggetto si qualifica come concessione di servizio pubblico, e non come concessione di lavori disciplinata dall'art. 142 del codice dei contratti (di cui al d.lgs. n. 163/2006).

6.1. La realizzazione dei chioschi e degli altri manufatti sopra descritti avrebbe un rilievo del tutto accessorio e servente rispetto alla manutenzione del verde e ai servizi da rendere al pubblico. Da tale qualificazione discenderebbe l'inapplicabilità delle disposizioni del codice dei contratti pubblici del 2006 poste alla base dell'annullamento d'ufficio adottato da Roma Capitale. Anche la circostanza che i chioschi realizzati o ristrutturati saranno acquisiti al patrimonio comunale non costituirebbe un elemento decisivo per contraddire la natura di concessione di servizio pubblico locale. Nella fattispecie in esame, pertanto, troverebbe applicazione unicamente l'art. 30 del codice dei contratti del 2006, che esclude le concessioni di servizi dall'ambito del codice medesimo: sarebbe quindi inapplicabile l'art. 143, c. 5, sugli studi di fattibilità, così come la disciplina in tema di progettazione di opere pubbliche. Oggetto dell'affidamento non sarebbe stata, quindi, la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica ma l'affidamento di un servizio pubblico locale.

6.2. Quanto alla mancata verifica dei vincoli storici, ambientali e paesaggistici esistenti sull'area, l'appellante sostiene che questa si è svolta successivamente alla determina di aggiudicazione quando il Comune ha trasmesso alle competenti Soprintendenze per i beni archeologici e ai beni paesaggistici tutti i progetti per l'adozione dei pareri.

6.3. L'appellante deduce, inoltre, la violazione dell'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, per non essere state indicate le specifiche ragioni di pubblico interesse sottese all'annullamento della procedura di gara e per essere stato superato il limite del termine ragionevole.

7. I motivi sono infondati.

7.1. L'appellante ripropone, in primo luogo, le questioni relative alla qualificazione della concessione oggetto della procedura in esame nei termini di una concessione di servizi pubblici.

Peraltro, come rilevato anche dal giudice di prime cure, tale qualificazione non determinerebbe comunque la non assoggettabilità della stessa alla disciplina del codice dei contratti pubblici, quantomeno nei limiti segnati dal c. 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, il quale dispone che la scelta del concessionario “*deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*”. Pertanto, sebbene la normativa comunitaria (all'epoca della procedura in esame) avesse tendenzialmente escluso dal proprio ambito le concessioni di servizi, le stesse non si sottraevano al rispetto dei principi fondamentali del Trattato, tra i cui corollari rientrava anche quello della predeterminazione dei

criteri selettivi. Strumento quest'ultimo indispensabile per assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità. Quindi, sia pure nell'ambito di una gara informale, le concessioni di servizi potevano essere affidate solo all'esito di una procedura caratterizzata dalla predeterminazione dei criteri selettivi (così Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913).

7.2. Nel caso di specie, l'amministrazione comunale non ha individuato con la necessaria completezza neppure l'oggetto dell'affidamento, rimettendo in sostanza agli stessi concorrenti la presentazione di progetti da loro stessi individuati, salvo per quanto atteneva ai servizi di manutenzione del verde, gli unici puntualmente individuati nel disciplinare allegato al bando di gara.

Inoltre, come correttamente statuito dal giudice di primo grado, quando i lavori siano strumentali a una concessione di servizi, e quindi diretti a realizzare opere pubbliche che "diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice", il codice dei contratti deve trovare integrale applicazione, sia quando siano eseguiti dagli stessi concessionari, sia quando questi ultimi operino come stazione appaltante. Invero l'art. 32, c. 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 equipara i concessionari di servizi alle amministrazioni aggiudicatrici esentandoli dall'applicazione solo di alcune norme del codice degli appalti.

7.4. L'appellante ha inoltre rilevato che non fosse necessario approvare preventivamente uno studio di fattibilità.

L'argomento non può essere condiviso, dovendosi considerarsi che lo studio di fattibilità consiste in un elaborato con il quale vengono delineate le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economiche dei lavori da realizzare e costituisce il primo stadio della programmazione di un'opera pubblica.

Deve ritenersi, inoltre, che costituisce un principio di carattere generale la predisposizione della progettazione preliminare da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché diversamente verrebbe attribuita al concessionario un'inammissibile discrezionalità nel definire i caratteri della prestazione, pregiudicando anche il conseguimento delle finalità di qualità, sostenibilità economica ed ambientale dell'intervento nonché il rispetto delle regole sulla qualificazione ed esecuzione dei lavori.

7.5. Come previsto dall'art. 14 d.p.r. n. 207/2010, nello studio di fattibilità l'amministrazione è tenuta a descrivere e analizzare "ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento" i "requisiti dell'opera da progettare", e i "collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento" nonché ad individuare "le misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici".

Nel progetto preliminare debbono poi essere inseriti, accanto allo studio di prefattibilità ambientale, anche gli "studi necessari per un'adeguata conoscenza del contesto in cui è inserita l'opera, corredati da dati bibliografici, accertamenti ed indagini preliminari – m quali quelle storiche archeologiche ambientali, topografiche, geologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche e sulle interferenze e relative relazioni ed elaborati grafici – atti a pervenire ad una completa caratterizzazione del territorio ed in particolare delle aree impegnate" (art. 17, c. 1, lett. d, d.p.r. n. 207/2010 cit.).

Come accennato, nella procedura in esame, la pubblica amministrazione non aveva predisposto né un progetto preliminare, in ordine alle strutture da realizzare e/o ristrutturare, né uno studio di fattibilità. Pertanto, come affermato dal giudice di prime cure, sebbene il bando faccia riferimento ad un progetto definitivo da presentare all'amministrazione, in realtà l'intera attività progettuale era stata delegata ai concorrenti rimettendo ad essi la scelta delle opere da realizzare.

7.6. Per quanto riguarda l'inquadramento storico – archeologico, ambientale e paesaggistico degli interventi, l'acquisizione postuma del parere da parte del Mibac non costituisce una mera "inversione procedimentale", essendo mancato l'indispensabile approfondimento tecnico propedeutico all'approvazione del progetto preliminare dell'opera.

8. Relativamente ai requisiti richiesti ai partecipanti alla gara non può essere accolto l'assunto di parte appellante secondo cui la qualificazione come "concessione di servizio pubblico" determinerebbe la possibilità di prevedere requisiti meno selettivi di quelli previsti dagli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006.

Come anticipato, anche nella concessione di servizi la scelta del concessionario (nel sistema disciplinato dal codice dei contratti del 2006) deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, con predeterminazione dei criteri selettivi. Nel caso di specie è agevole constatare come il bando non abbia previsto alcun requisito di esperienza e/o di qualificazione funzionale per la selezione del concessionario.

9. Analogamente il bando di gara risultava viziato a causa di parametri del tutto generici relativamente ai criteri selettivi. Risulta dunque violato il principio di predeterminazione dei criteri selettivi, ricavabile anche dai principi dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006 come quelli da rispettare nella scelta del concessionario di una concessione di servizi. Invero, per costante giurisprudenza, le concessioni di servizi, sia pure nell'ambito di una gara informale, possono essere affidate solo all'esito di una procedura caratterizzata dalla predeterminazione dei criteri selettivi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913).

10. Anche le censure relative all'esercizio del potere di autotutela sono infondate.

10.1. In primo luogo, va rilevato che l'art. 11, c. 9, del d.lgs. n. 163/2006 fa espressamente salvi i poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti. Pertanto neanche l'avvenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva limita il potere di annullamento in autotutela. Risulta da consolidata giurisprudenza che l'amministrazione può procedere ad annullare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, in presenza di vizi di legittimità degli atti della procedura e delle altre condizioni fissate dall'art. 21-*nonies*, ossia le ragioni di interesse pubblico, la comparazione di tale interesse con quello privato al mantenimento dell'efficacia dell'atto, e il rispetto del termine ragionevole (così definito nel testo dell'art. 21-*nonies* nel testo applicabile *ratione temporis*) per l'adozione del provvedimento di secondo grado (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2017, n. 3524).

10.2. Nel caso di specie l'interesse pubblico sotteso all'annullamento d'ufficio deriva proprio dalle carenze riscontrate negli atti di gara, che non consentivano di esplicitare quali fossero i bisogni e gli interessi che l'amministrazione intendeva soddisfare mediante la gara. Non solo e non tanto, quindi, il ripristino della legalità violata ma, a monte, la difficoltà a intendere quali fossero gli obiettivi dell'amministrazione nell'affidare i servizi in questione e dunque la necessità di ripristinare le condizioni ottimali di funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

10.3. Quanto al rispetto della prescrizione posta dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 sul termine entro il quale deve intervenire l'annullamento d'ufficio, premesso che il nuovo termine di diciotto mesi (ora divenuto di dodici mesi) è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. n. 124/2015 (avvenuta il 28 agosto 2015), data la natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione (per tutte Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2022, n. 1704), la valutazione va condotta alla stregua del canone di ragionevolezza, secondo il tenore letterale della versione immediatamente antecedente alle modifiche sopra richiamate ("*termine ragionevole*") e dell'affidamento incolpevole del privato.

10.4. Nonostante il decorso di oltre tre anni dall'approvazione della graduatoria (determinazione dirigenziale del 5 maggio 2011), il concreto svolgimento del procedimento in esame non ha precluso all'amministrazione comunale l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove si tenga conto – per un verso – che nel momento in cui è stato avviato il procedimento di autotutela la convenzione di concessione non era stata ancora stipulata; e, per altro verso, delle ulteriori vicende procedurali relative alla (peraltro tardiva e quindi illegittima, come si è rilevato sopra) acquisizione dei pareri da parte delle Soprintendenze competenti (come ha sottolineato anche il primo giudice, la stessa definizione degli interventi era, sostanzialmente, ancora in fieri, per effetto delle prescrizioni

progettuali e dei pareri richiesti alle Soprintendenze statali).

10.5. Per tali ragioni, oltre che per la mancata sottoscrizione del contratto di concessione, non si può ritenere che sia maturato in capo all'appellante un affidamento incolpevole.

11. L'appellante ha riproposto la domanda di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana e, in via subordinata, per il caso di riconoscimento della sola responsabilità precontrattuale, ha chiesto che il danno sia liquidato tenendo conto anche del lucro cessante (esplicitamente negato dal primo giudice) potendo la prova di esso ritenersi fondata sull'*id quod plerumque accidit*.

11.1. I motivi sono infondati.

11.2. Con riferimento alla riproposta domanda di risarcimento del danno, l'accertata infondatezza dei plurimi vizi di legittimità dedotti dall'appellante avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio comporta come conseguenza l'insussistenza dell'elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità rappresentato dalla illegittima attività provvedimentale dell'amministrazione. Pertanto, sotto questo profilo va confermata la sentenza appellata.

11.3. La sentenza va condivisa anche nella parte in cui ha riconosciuto all'appellante la spettanza del danno da responsabilità precontrattuale, dovuta al coinvolgimento in una procedura che sin dall'origine era da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione e che, per questo motivo, è stata annullata in autotutela da Roma Capitale. Come affermato nella sentenza, la "*condotta colposa dell'amministrazione si è concretizzata sia nell'indizione di una gara contra legem sia nell'induzione dei partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara e dei suoi esiti finali*".

La responsabilità della pubblica amministrazione deriva dunque da un comportamento colposo tenuto nella fase delle trattative e nella fase precedente alla stipula del contratto che ha leso l'altrui libertà negoziale. Ricorre invero un caso di responsabilità precontrattuale pura, riconducibile al modello civilistico di cui all'art. 1337 c.c., qualora l'amministrazione, con un proprio comportamento contrario a buona fede, leda il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto, incidendo negativamente sul suo diritto all'autodeterminazione in ambito negoziale e, quindi, violando una posizione di diritto soggettivo. La configurabilità di tale fattispecie ricorre tipicamente laddove l'amministrazione incida con atto di autotutela su di una gara già culminata nell'atto di aggiudicazione e il privato aggiudicatario avanzi una richiesta risarcitoria che fa leva sulla scorrettezza della stazione appellante.

In tal caso, peraltro, il risarcimento può riguardare il solo interesse negativo, rappresentato dalle spese sostenute per la partecipazione alla procedura e dai mancati profitti per i contratti che non siano stati stipulati a causa dell'impegno profuso nella partecipa-

zione alla gara (in termini di recente cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680; in generale cfr. anche Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

11.4. Come anticipato, per quanto attiene alla quantificazione del danno può essere riconosciuto unicamente quello relativo all'interesse negativo ed in particolare il solo danno emergente costituito dalle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, non essendo stata fornita alcuna prova circa il lucro cessante. Il riconoscimento del lucro cessante, nel danno precontrattuale, non potendo fondarsi sulla mancata esecuzione del contratto o della concessione, è dimostrato esclusivamente mediante l'allegazione di proposte contrattuali sfumate a causa dell'impegno richiesto dalla partecipazione alla gara successivamente annullata. Anche sotto quest'ultimo profilo deve quindi rimanere ferma la statuizione del giudice di prime cure e il danno risarcibile deve essere limitato al solo interesse negativo ravvisabile nelle spese inutilmente sopportate per partecipare alla gara.

12. In conclusione, l'appello va integralmente rigettato.

13. Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.q.m., il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. V, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Limiti di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006 alle concessioni di servizi. Quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale amministrativa a seguito dell'esercizio di autotutela

La sentenza in esame, con la quale il Consiglio di Stato conferma la pronuncia del Tar per il Lazio, da avvio ad una doppia analisi: la prima riguarda l'applicabilità della normativa del codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi, la seconda è relativa alla quantificazione del danno risarcibile in materia di responsabilità precontrattuale quando viene leso il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto. Entrambe le indagini hanno come presupposto l'esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

La vicenda in oggetto trae origine da una procedura di gara annullata dall'amministrazione in via di autotutela, in un momento successivo all'aggiudicazione. La procedura era da ritenersi invalida *ab origine* a causa dell'inadeguatezza procedimentale, per mancanza del preventivo studio di fattibilità richiesto dall'art. 146, c. 5, d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), per carenza del disciplinare di gara e dei contenuti necessari alla descrizione dell'intervento.

La ricorrente ditta aggiudicatrice adiva il Tar per il Lazio sostenendo l'illegittimità di tale potere di auto-

tutela sul presupposto che non sarebbe applicabile il codice dei contratti pubblici, in quanto tale normativa si riferisce solo alle concessioni aventi ad oggetto lavori pubblici, mentre oggetto del presente affidamento non sarebbe la realizzazione di un'opera pubblica, bensì la concessione di un servizio pubblico locale.

Se è vero che dal 2013 (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13) il collegio ha ritenuto le concessioni di servizi escluse dalle regole sugli appalti, seguendo l'indirizzo del diritto comunitario *ratione temporis*, che tendeva ad esentare dall'ambito della normativa tale tipologia di concessione, è altresì vero che l'affidamento debba comunque avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato Ue e dei principi generali sui contratti ad evidenza pubblica.

Con la citata pronuncia del 2013 si era difatti affermato che "la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici".

Il collegio ha ritenuto infatti che, poiché nella procedura di gara non è stata individuata la prestazione oggetto della concessione, al di là della qualificazione di detta concessione, sia stato violato l'art. 30 c.c.p. (applicabile anche alle concessioni di servizio, stante il primo comma dello stesso articolo) nella parte in cui prevede che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi europei e dei principi del codice dei contratti pubblici, in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In questo modo l'art. 30 assimila le concessioni agli appalti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2755) al fine di vincolare i soggetti aggiudicatari al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica tra cui, nel caso di specie, la predeterminazione dei criteri selettivi. In questo senso il collegio non ha avuto dubbi nel riaffermare un principio già sostenuto in precedenza (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913) ossia che le concessioni dei servizi possono essere affidate solo attraverso una procedura basata sulla predeterminazione dei criteri selettivi.

Si è inoltre ribadito quanto già affermato dal giudice di prime cure, ossia che qualora i lavori siano strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, deve trovare comunque integrale applicazione il codice dei contratti pubblici, sia quando i lavori siano eseguiti dai medesimi concessionari, sia se questi ultimi li affidino a terzi. Né si può ritenere non indispensabile lo studio di fattibilità necessario, prima della realizzazione dei lavori pubblici, a delineare le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economiche. La progettazione preliminare è presupposto fondamentale per la definizione dei caratteri della prestazione, altrimenti vi sarebbe una inammissibile ed eccessiva discrezionalità tecnica del concessionario.

Per tutti questi motivi sia il giudice di primo grado che il Consiglio di Stato hanno ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela della procedura di gara *contra legem* che aveva indotto i partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara.

Ancora una volta l'autotutela si identifica con il potere "autarchico" nella disponibilità della pubblica amministrazione funzionale al poter tutelare in maniera autonoma la propria sfera d'azione, per assicurare il più efficace perseguimento dell'interesse pubblico.

Se da una parte è esatto che l'esercizio dell'autotutela comporti un ripristino dello *status quo ante*, è altrettanto ragionevole che un comportamento amministrativo, seppur legittimo, debba dar luogo al risarcimento del danno per il privato incolpevole coinvolto sin dall'origine in una procedura da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione.

Ai sensi dell'art 1337 c.c. "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede" e la violazione di questa norma crea un *genus* di responsabilità di *species* precontrattuale che deriva da tutti quei comportamenti che nel corso delle trattative contrattuali sono contrari alla buona fede. Anche l'art. 1 della l. n. 241/1990 al c. 2-bis dispone che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura della responsabilità precontrattuale, sino ad arrivare ad una tesi giurisprudenziale maggioritaria secondo la quale si tratterebbe di responsabilità aquiliana in quanto la condotta scorretta di una parte a danno dell'altra viene in essere in una fase in cui il contratto non è ancora stipulato. Un altro orientamento la qualifica come responsabilità contrattuale poiché tra le parti si genera il "contatto sociale" dal quale scaturisce un legittimo affidamento. Le diverse tesi comportano differenti termini prescrizione (cinque anni se si condivide la tesi della responsabilità aquiliana e dieci anni nel caso la responsabilità si consideri di natura contrattuale), oltre la possibilità di risarcire, se aquiliana, anche i danni imprevedibili.

A lungo la giurisprudenza ha ritenuto applicabile i principi della responsabilità precontrattuale solo dal momento in cui interviene l'aggiudicazione. Questo orientamento è stato di recente rinnegato dal Consiglio di Stato che con l'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018, n. 5, ha affermato che "nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento".

Nella stessa pronuncia è stato sottolineato che la responsabilità precontrattuale si configura laddove il privato dimostri che il suo affidamento sia incolpevole, che il comportamento scorretto sia imputabile al

oggetto pubblico e che vi sia la prova da parte del privato del nesso di causalità tra i danni subiti ed il comportamento scorretto dell'amministrazione.

Il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo al soggetto pubblico fa sì che l'amministrazione venga considerata alla stregua di un contraente privato. Trattasi però di un contraente "privilegiato" in quanto il potere di autotutela le conferisce una posizione diversa rispetto a quella della controparte e, attraverso il riconoscimento di quella che potremmo definire una responsabilità precontrattuale pubblica, l'amministrazione è chiamata a rispondere dei danni causati per tutti quei comportamenti amministrativi che, seppur legittimi, risultano scorretti in quanto contrari ai doveri di buona fede. In questo senso l'interesse da tutelare è la libertà negoziale di autodeterminazione in modo che nessuno sia coinvolto in trattative inutili, un interesse di tipo negativo, a differenza di quanto accade nella responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) che sanziona la lesione dell'interesse positivo ad ottenere la prestazione dovuta.

In fase di responsabilità precontrattuale il contratto ancora non è stipulato e quindi oggetto del risarcimento non può che essere l'interesse negativo che ricordiamo essere composto di due voci: il danno emergente, consistente nell'insieme delle spese sostenute nella fase delle trattative, e il lucro cessante riguardante tutte le occasioni di guadagno perse impiegando il tempo in contrattazioni fruttuose in luogo di quella inutile. Per il lucro cessante è chiesta una prova dalla parte privata danneggiata alla luce del principio di vicinanza della prova poiché solo la parte privata può dimostrare che durante le trattative abbia ricevuto delle occasioni di guadagno che ha dovuto rifiutare per aver riposto affidamento alla conclusione del contratto.

Concludendo, rapportando quanto esposto al caso in disamina, l'amministrazione ha sicuramente leso la posizione soggettiva del privato dando luogo ad un risarcimento del danno limitato all'interesse negativo nella voce di danno emergente, non avendo la ditta aggiudicatrice fornito prova alcuna circa la sussistenza del lucro cessante.

LAURA GIANNETTI

2192 – Consiglio di Stato, Sezione VI; sentenza 1 marzo 2023; Pres. De Felice, Est. Maggio; Agcm c. Comune di Manduria e altri.

Riforma Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 29 giugno 2021, n. 981.

Contratti pubblici – Concessioni demaniali – Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – Proroga automatica – Incompatibilità con il diritto euro-unitario – Disapplicazione delle norme nazionali – Necessità.

D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, attuazione della direttiva 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno, art. 12; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 1; l. 30 dicembre 2018, n. 145, bilancio

di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, art. 1, cc. 682-684; d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, art. 10-*quater*, c. 3.

Le disposizioni di legge nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, si pongono in contrasto con il diritto-euro-unitario ed in particolare con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce che sancisce l'obbligo di selezione dei candidati per il rilascio delle autorizzazioni, la cui durata temporalmente limitata non può essere oggetto di rinnovo automatico e, di conseguenza, devono essere disapplicate da qualsivoglia organo dello Stato, perciò tanto dai giudici quanto dalla pubblica amministrazione. (1)

(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 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.

* * *