

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

SEDE DI ROMA

RICORSO ex art. 21-bis l. n. 287/1990

nell'interesse dell'**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** («**Autorità**» o «**AGCM**»), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Piazza G. Verdi 6/A - 00198 Roma, (C.F. e P.IVA 97076950589), rappresentata e difesa, dall'avv. Paola Razzano (RZZPLA71R42H501A - fax 06/85357586; PEC paolarazzano@ordineavvocati-roma.org) del foro di Roma e con lei elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via Taro 56, come da procura in calce al presente atto, indicando ai sensi dell'art. 136 c.p.a. il domicilio digitale,

contro

il **Comune di Fiumicino** («**Comune**»), in persona del Sindaco *pro tempore*, (C.F. 97086740582 e P. IVA 02305601003), con sede in Piazza Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, 78 – 00054 Fiumicino (RM),

e nei confronti di

- **Sunset** società a responsabilità limitata, (CF: 10252151005), in persona del legale rappresentante p.t., Via Silvi Marina 105, 00054 Fregene- Fiumicino (RM);

- il **Lido S.a.S. di Giusti Paola** (CF: 12802001003), in persona del legale rappresentante p.t., Via Carbonia 71, 00050 Fiumicino (RM);

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta comunale n. 236 del 27 dicembre 2023, avente ad oggetto «Validità concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative al 31.12.2024 – legge 5 agosto 2022, n. 118» («**Delibera**», **doc. 1**);

- ove occorra, della nota del Comune di Fiumicino prot. n. 115390 del 13 maggio 2024 (ricevuta dall'AGCM in data 14.05.2024), recante «*Parere Autorità Garante della Concorrenza e del*

Mercato relativo alla Deliberazione della Giunta del Comune di Fiumicino del 27 dicembre 2023 n. 236 [.....]. Riscontro» («Nota», doc. 2);

- nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o, comunque, connesso.

Con il presente ricorso l'AGCM agisce ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990 per l'impugnazione della Delibera, la quale, valutati sussistenti i presupposti per l'applicazione dell'art. 3 della legge 5/08/2022 n. 118 dispone l'illegittimo differimento al 31 dicembre 2024 del termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in violazione di norme e principi di derivazione euro-unitaria e aventi applicazione diretta nel nostro ordinamento, come ormai pacificamente riconosciuto da consolidata giurisprudenza sia della Corte di Giustizia, sia dei Giudici nazionali.

Il presente ricorso è coerente con i numerosi interventi che l'esponente Autorità ha, negli anni, promosso in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, al fine di censurare le violazioni delle norme e dei principi della concorrenza da tempo determinate da proroghe automatiche e ingiustificate delle concessioni in essere o, comunque, da atti amministrativi volti a impedire e/o a ritardare ingiustificatamente l'avvio di procedure aperte, trasparenti e concorrenziali per l'assegnazione di nuove concessioni.

Com'è noto, in forza di obblighi scaturenti dal diritto UE, l'assegnazione a soggetti privati di beni pubblici (quali, appunto, le aree del demanio marittimo) al fine di consentirne lo sfruttamento economico, deve infatti seguire i principi scaturenti dagli articoli 49 e 56 TFUE, nonché della direttiva n. 2006/123 («**Direttiva Servizi**», più comunemente nota come *Bolkestein*), recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 59/2010.

I. FATTO

I.1. L'impugnata Delibera adottata dal Comune

In data 27 dicembre 2023 il Comune di Fiumicino ha adottato l'impugnata Delibera, una volta

preso atto di non essere nelle condizioni di finalizzare, entro il 31 dicembre 2023, le procedure ad evidenza pubblica necessarie per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo nell'ambito territoriale di propria competenza.

La Delibera pur ripercorrendo e citando le iniziative di matrice euro-unitaria e le numerose pronunce giurisprudenziali in materia che hanno evidenziato i profili di illegittimità dei titoli concessori su demanio rilasciati (o prorogati) in assenza di procedure aperte e trasparenti, ha rilevato:

- (i) che non sono stati emessi i decreti legge previsti dalla normativa nazionale,
 - (ii) che *“il Tavolo tecnico consultivo, in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, istituito ai sensi del decreto-legge 198 del 2022, per definire i criteri tecnici attraverso i quali determinare la sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, nella riunione del 5 ottobre 2023, ha evidenziato che tali criteri debbano essere individuati tenendo conto del dato nazionale, secondo un approccio generale e astratto, proporzionato e non discriminatorio”* si è limitata a *«dare atto che sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 3 della legge 5/08/2022 n. 118 e pertanto per il differimento al 31 dicembre 2024, del termine di scadenza delle concessioni demaniali turistico/ricreative scadenti al 31 dicembre 2023»*,
 - (iii) che il panorama normativo e giurisprudenziale con le sue stratificazioni e contraddizioni impedisce di mettere a gara le concessioni demaniali marittime,
 - (iv) che *“in virtù dei principi di sana e prudente gestione dei beni demaniali, al fine precipuo di assicurare uniformità di trattamento su base nazionale ed evitare disparità di trattamento, appare opportuno demandare ogni procedura selettiva al 2024, in attesa dei decreti legislativi che definiranno i criteri per procedere agli affidamenti”*,
 - (v) che considerato il principio di adeguato sfruttamento economico delle risorse pubbliche *“non si ritiene opportuno procedere allo sgombero delle aree demaniali marittime attualmente in concessione”* in quanto allo sgombero non potrebbe seguire una nuova assegnazione;
- concludendo nel senso che le concessioni demaniali marittime, se in essere alla data di entrata in vigore della richiamata legge sulla base delle proroghe [...], ai sensi del vigente comma 1 dell'art. 3 della legge n. 118/2022 *“continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024, ovvero fino*

al termine di cui al comma 3” e determinandosi infine di “intendere in prosecuzione delle concessioni in essere ai sensi dell’art. 3 della legge n. 118/2022”.

L’Autorità ha valutato i contenuti della Delibera nella sua riunione del 12 marzo 2024, in occasione della quale riscontrava evidenti profili incompatibilità della stessa con le norme di diritto europeo a tutela della concorrenza, nonché con le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi previste dal TFUE, e pertanto deliberava di esprimere un parere motivato ai sensi dell’art. 21-bis l. n. 287/1990, sottoscritto in data **14 marzo 2024** e successivamente trasmesso al Comune («**Parere**», **doc. 3**).

I.2. Il parere reso dall’AGCM.

1. L’Autorità, nel proprio Parere, ha inteso svolgere varie considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Deliberazione n. 236/2023.

Essa ha dapprima ricordato i propri numerosi interventi svolti, in generale, in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l’assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale. Con precipuo riferimento alle proroghe, l’Autorità ha più volte sottolineato che il continuo ricorso a tale strumento viola i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari.

Nel corso del biennio 2020-2021, l’Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrarietà delle stesse con gli articoli 49 e 56 del TFUE e con l’articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE chiarendo “Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni eurounitari, e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell’Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione” (cfr., Corte di Giustizia UE, sentenza 20/04/2023 *Comune di Ginosa*).

2. Nel caso di specie, l’Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Fiumicino con la Deliberazione n. 236/2023 violi le norme richiamate, in quanto elusiva della scadenza al 31 dicembre 2023 del periodo transitorio indicato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, dunque, volta a impedire, o comunque ritardare, l’applicazione della normativa euro-unitaria e l’apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall’affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. A ciò si deve aggiungere l’infondatezza degli argomenti indicati nella Deliberazione n. 236/2023 a sostegno della proroga delle concessioni.

Essa ricorda che, nelle sentenze gemelle del 2021¹, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che oltre il 31 dicembre 2023 le concessioni demaniali in essere “*anche in assenza di una disciplina legislativa, [...] cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento U.E.*” e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato² ha affermato il “*frontale contrasto*” (anche) **della nuova norma contenuta nell’articolo 10-quater, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14³**, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi, chiarendo altresì che i principi sanciti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o

¹ Si evidenzia che delle due sentenze “gemelle” del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria solo la n.18 del 9 novembre 2021 è stata cassata con rinvio (Corte di Cassazione SS.UU., sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023) per aver dichiarato inammissibili gli interventi di alcune associazioni, estromesse dal giudizio, mentre la sentenza n. 17/2021 è attualmente valida ed efficace.

² Si citano le svariate pronunce in argomento: Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2023, n. 7992, Cons. St., sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493 e, ancor più di recente, Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11200, C.G.A.R.S., sez. giurisd., 21 febbraio 2024, n. 119, Cons. St., sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 e Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940, Cons. St., sez. VII, 2 maggio 2024, n. 3963; v. anche per l’analoga questione della applicazione dell’art. 12 della Dir. 2006/123/CE alle concessioni per l’esercizio del commercio su aree pubbliche, Cons. St., sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9104.

³ Si riporta il testo dell’art. 10 quater, comma 3, DL 198/2022: “*Ai fini dell’espletamento dei compiti del tavolo tecnico di cui al comma 1, ai commi 3 e 4 dell’articolo 3 della legge 5 agosto 2022, n. 118, le parole: «31 dicembre 2024», ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2025». Le concessioni e i rapporti di cui all’articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.*”

che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l'articolo 49 TFUE e con l'articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁴.

3. Il Parere conclude nel senso: *“Si sottolinea, dunque, come sia il giudice nazionale quanto quello europeo abbiano affermato l’obbligo di procedere con procedure a evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall’articolo 49 TFUE e dall’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.*

Alla luce di quanto rappresentato, l’Autorità ritiene che il Comune di Fiumicino avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 27 dicembre 2023, n. 236, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina eurounitaria richiamati e procedere allo svolgimento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale de qua si pone in contrasto con l’articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all’articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi”.

⁴ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200. In base a quanto si legge nella sentenza “*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato*”.

Al contempo, l'Autorità ha chiesto al Comune di comunicare, nei 60 giorni successivi al ricevimento del Parere, «*le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra espone*», preavvertendo che «*laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni*».

I.3. La mancata conformazione del Comune ai rilievi formulati dall'Autorità in sede di Parere.

1. Il Comune ha riscontrato il Parere in data 13 maggio 2024 sostanzialmente ribadendo la propria (illegittima) posizione; come si legge nella nota di riscontro (doc. 2) il Comune ritiene : *“Dalla relazione istruttoria del Dirigente dell'Area Demanio (che si allega) emerge chiaramente come questa Amministrazione non abbia mai inteso prorogare “immotivatamente” le concessioni vigenti ma si sia attivata, sin dal suo insediamento (avvenuto a maggio 2023), nel senso diametralmente opposto, istituendo un'Area ad hoc per la gestione del Demanio e dando sin da subito indirizzi finalizzati a bandire procedure di gara per le concessioni demaniali che non presentavano criticità ostative.*

Per tutte le altre, si è dovuto prendere atto di una situazione di impossibilità oggettiva di procedere immediatamente con i bandi in quanto gli uffici comunali non disponevano di una “mappatura” utile a tal fine, che si va componendo solo in queste settimane, grazie al lavoro della task force di cui alla relazione istruttoria allegata.

In questo contesto, è subentrata la legge n. 118/2022 che, all'art. 3, prevede una misura eccezionale di salvaguardia degli interessi pubblici sottesi alla continuità della gestione balneare in prosimità dell'apertura della stagione estiva.

Il disposto normativo in parola, nell'interpretazione che ne ha dato la Giunta, consente la prosecuzione delle attività già oggetto di concessione, in regime di stretta necessità, per le aree demaniali marittime a destinazione turistico-ricreativa che non è stato possibile mettere a bando entro il termine del 31.12.2023. Il tutto sempre nel rispetto della normativa vigente, con l'intento di

evitare la chiusura massiva degli stabilimenti, l'inibizione degli stessi al pubblico nonché gli ingenti oneri di custodia che ne deriverebbero a carico del Comune. “.

2. Nella sostanza il Comune non ha adempiuto all'invito formulato dall'Autorità e ha confermato la proroga ulteriore delle concessioni esistenti in mancanza – ancora - di un effettivo avvio di procedure selettive per la riassegnazione delle concessioni in questione.

Nell'adunanza del 28 maggio 2024 l'Autorità ha deliberato di proporre ricorso, ai sensi dell'art. 21-bis l. n. 287/1990, dinanzi a Codesto ecc.mo TAR: l'AGCM agisce dunque in questa sede per l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe, i quali appaiono illegittimi per i seguenti motivi di

DIRITTO.

I. In linea preliminare: la legittimazione dell'AGCM a promuovere il presente giudizio.

Nell'ottica di inquadrare il perimetro dell'odierna azione giudiziaria, rammentiamo che il ricorso *ex art. 21-bis l. n. 287/1990* è lo strumento che l'ordinamento interno riconosce all'AGCM per ottenere l'annullamento di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti *«che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»*. Secondo la giurisprudenza amministrativa, *«la legittimazione di AGCM “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”, ai sensi dell'art. 21-bis, L. n. 287/1990, delinea un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione di tipo soggettivo, riferito ad un'Autorità pubblica e operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»* (cfr. Cons. Stato, 1 marzo 2023, n. 2192).

Si tratta di potere attribuito *ex lege* all'Autorità, che ne rafforza i poteri consentendo di incidere nel modo più efficace possibile sulla concreta applicazione dei principi di concorrenzialità e di apertura dei mercati, la cui tutela costituisce la *mission* istituzionale dell'esponente.

Nel caso che ci occupa appare chiaro come la Delibera, con la quale l'Ente ha disposto un'ulteriore

estensione sino al 31 dicembre 2024 della durata delle concessioni marittime con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, si ponga in contrasto con l'ordinamento euro-unitario (v. art. 12 della Direttiva Servizi e art. 49 e ss. TFUE) e restringa ingiustificatamente la concorrenza, con ciò legittimando l'azione promossa in questa sede.

II. Nel merito: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva Servizi, anche come recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 59/2010, e della l. n. 118/2022. Violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE. Violazione dell'art. 1 della l. n. 241/1990 nella parte in cui individua i principi di diritto UE tra quelli che devono uniformare l'attività della P.A.

Eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà e irragionevolezza manifesta. Violazione dei principi di imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza dell'agire amministrativo. Violazione delle norme e principi concorrenziali.

1.1 Attraverso la generalizzata proroga al 31 dicembre 2024 di tutte le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo riconosciuta dalla Delibera, il Comune ha violato norme e principi di diritto euro-unitario di diretta applicazione nel nostro ordinamento e idonei a favorire la concorrenza.

La manifesta violazione che inficia il provvedimento impugnato consiste nella mancata disapplicazione (ovvero "in-applicazione") da parte del Comune di Fiumicino della normativa posta a fondamento della Delibera, per contrarietà della stessa al principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, nonché all'art. 12 della "Direttiva Servizi" 2006/123/CE (secondo il quale «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né

accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami»).

Sulla complessa vicenda delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, occorre muovere dai principi enunciati dall'**Adunanza plenaria** del Consiglio di Stato, con la sentenza del 9 novembre **2021, n. 17** (che, a differenza della sentenza “gemella” n. 18/2021, annullata per diniego di giurisdizione dalla sentenza delle SS.UU. n. 32559/2023, non risulta impugnata), secondo la quale: i) “*le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative [...] sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l’art. 49 TFUE e con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*”; ii) “[...] *le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento dell’U.E*”.

Tali disposizioni si pongono in evidente ed insanabile contrasto con l’ennesimo riconoscimento di un ulteriore differimento generalizzato della data di scadenza di concessioni demaniali marittime turistico-ricreative e richiedono alle Amministrazioni degli Stati membri l’espletamento di procedure selettive trasparenti e concorrenziali per la selezione dei concessionari, secondo i modelli procedurali previsti dall’ordinamento interno.

Procedure selettive, che nel caso che ci occupa, neanche risultano in effetti avviate, né scadenzate da parte dell’Amministrazione comunale.

I menzionati principi hanno trovato unanime riconoscimento da parte della Corte di Giustizia (si vedano ancora le menzionate sentenze *Promoimpresa* e *AGCM c. Comune di Ginosa*) e, nell’ambito della giurisprudenza nazionale, della Corte costituzionale (sentenze 20 maggio 2010, n. 180; 26 novembre 2010, 340; 4 luglio 2013, n. 171; 9 gennaio 2019, n. 1 e 29 gennaio 2021, n. 10),

della Corte di Cassazione (sentenze Cass. pen. 12 giugno 2019, n. 25993 e 7 febbraio 2020, n. 10218) e del Consiglio di Stato (oltre alle menzionate sentenze “gemelle” dell’Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, si vedano, *ex multis*, le sentenze 18 novembre 2019, n. 7874; 25 agosto 2021, n. 6034; 18 aprile 2023, n. 3901; 28 agosto 2023, n. 7992 e, da ultimo le sentenze numero 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024, nelle quali la VII sezione del Consiglio di Stato ha ribadito l’obbligo di istituire subito i bandi di gara per le concessioni balneari, rilevando che le proroghe delle concessioni balneari sono illegittime e i titoli sono scaduti il 31 dicembre 2023, dovendo quindi essere riassegnati tramite procedure selettive).

Nello specifico, in tali ultime pronunce il Consiglio di Stato ha espresso con chiara formulazione che:

- devono essere disapplicate perché contrastanti con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE e comunque con l’art. 49 del T.F.U.E., tutte le disposizioni nazionali che hanno introdotto e continuano ad introdurre, con una sistematica violazione del diritto dell’Unione, le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e in particolare:

a) le disposizioni di proroga previste in via generalizzata e automatica, e ormai abrogate dall’art. 3, comma 5, della l. n. 118 del 2002 (art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145 del 2018; art. 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020, conv. in l. n. 77 del 2020; art. 100, comma 1, del d.l. n. 104 del 2020, conv. in l. n. 126 del 2020);

b) le più recenti proroghe introdotte dagli articoli 10-quater, comma 3 e 12, comma 6-sexies, del d.l. n. 198 del 2022, inseriti dalla legge di conversione n. 14 del 2023 e dall’art. 1, comma 8, della stessa l. n. 14 del 2023, che ha introdotto il comma 4-bis all’art. 4 della l. n. 118 del 2022;

c) l’art. 10-quater, comma 2, del d.l. n. 198 del 2022 nella parte in cui prevede che il tavolo tecnico in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali definisce i criteri tecnici per la sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenendo conto anche della “rilevanza economica transfrontaliera”, che non è un presupposto per l’applicazione dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE ma semmai, laddove non si applichi il menzionato art. 12, del solo art. 49 del TFUE.

Ne deriva con ogni evidenza che anche il richiamo alla novella introdotta con la Legge 14 del 24.02.2023 non può legittimare la scelta dell’Amministrazione, essendo stata confermata anche per queste ultime disposizioni, la contrarietà alle norme di diritto comunitario.

▪ Nella motivazione delle citate sentenze, la sezione VII ha chiarito che la disapplicazione delle norme nazionali sulle concessioni demaniali marittime si impone prima e a prescindere dall'esame della questione della scarsità delle risorse, in quanto, anche qualora si dimostrasse che in alcuni casi specifici non vi sia scarsità di risorse naturali, le suddette disposizioni, essendo di natura generale e assoluta, paralizzano senza giustificazione alcuna l'applicazione della direttiva 2003/126/CE e precludono in assoluto lo svolgimento delle gare, non potendo la valutazione sulla scarsità delle risorse in alcun modo ritenersi pregiudiziale o comunque non in grado di rimettere in discussione l'effetto diretto connesso all'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE.

▪ La disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con il diritto unionale da parte di tutte le autorità amministrative comporta in ogni caso la necessità di assegnare le concessioni con gara, in quanto:

i) le pubbliche amministrazioni, al fine di assegnare le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, devono applicare l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE, costituendo la procedura competitiva, in questa materia, la regola, salvo che non risulti, sulla base di una adeguata istruttoria e alla luce di una esaustiva motivazione, che la risorsa naturale della costa destinabile a tale di tipo di concessioni non sia scarsa, in base ad un approccio che può essere anche combinato (a livello nazionale e locale) e deve, comunque, essere qualitativo;

ii) anche quando non ritengano applicabile l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE perché la risorsa non è scarsa, esse devono comunque applicare l'art. 49 del T.F.U.E. e procedere all'indizione della gara, laddove la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, da presumersi finché non venga accertato che la concessione difetti di tale interesse, sulla scorta di una valutazione completa della singola concessione;

iii) anche nelle eccezionali ipotesi di risorsa non scarsa e di contestuale assenza dell'interesse transfrontaliero certo, da provarsi in modo rigoroso, il diritto nazionale impone di procedere con procedura selettiva comparativa ispirata ai fondamentali principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza e preclude l'affidamento o la proroga della concessione in via diretta ai concessionari uscenti, che non sono titolari di alcun diritto di insistenza.

*

Vale la pena riportare anche alcuni passaggi della recentissima **sentenza n. 4479 del 20/05/2024** della sez. VII del Consiglio di Stato, la quale oltre a ricostruire in maniera mirabile tutti gli eventi della fattispecie dalla quale poi hanno avuto origine le pronunce dell'Adunanza Plenaria (n. 17 e 18/2021) confermano i principi applicabili in materia (senza bisogno di un ulteriore passaggio in Adunanza Plenaria), chiarendo preliminarmente *“la coeva e gemella sentenza n. 17 del 9 novembre*

2021 dell'Adunanza plenaria mantiene ad oggi per le ragioni che ora si diranno tutta la sua efficacia sul piano nomofilattico, nonostante la proposizione "postuma" di un ulteriore ricorso per cassazione anche contro tale sentenza da parte di molti concessionari – che non furono parti di quel giudizio – nel marzo di quest'anno, ma soprattutto perché la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023, ha statuito che l'arretramento della giurisdizione rispetto alla cognizione giurisdizionale debba comportare la giustiziabilità degli interessi collettivi rappresentati dagli interventori ingiustamente esclusi avanti al Consiglio di Stato e ha annullato la sentenza dell'Adunanza con rinvio della causa avanti a questo Consiglio, senza ulteriori precisazioni (che del resto non avrebbe potuto fare) in ordine alla composizione del Collegio giudicante (sezione semplice o Adunanza plenaria), affermando che – così, testualmente – «spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti».

Da cui l'investitura e la piena *potestas iudicandi* del Collegio della VII sezione del Consiglio di Stato che ha reso la sentenza citata e che richiama (a prescindere dalla cassazione della sentenza n. 18/2021) la pregressa pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato nell'affermare i (già richiamati) principi di:

- (i) **immediata disapplicazione delle proroghe in favore dei concessionari, anche laddove esse si fondino sulle illegittime e disapplicabili sopravvenienze normative di cui alla l. n. 118 del 2022 o di cui al d.l. n. 198 del 2022, conv. in l. n. 14 del 2023, e**
- (ii) **altrettanto immediata indizione delle gare.**

Testualmente "*La permanente efficacia della coeva sentenza n. 17 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza plenaria costituisce, quindi, solo uno degli elementi che confermano l'assenza dei presupposti per un deferimento della presente controversia all'Adunanza plenaria, al quale si aggiungono le numerose sentenze che proprio con riferimento alle sopravvenienze normative richiamate dalla Cassazione hanno in modo granitico confermato la necessità di disapplicare le varie proroghe e di procedere all'indizione delle gare, come verrà meglio precisato oltre* (v., *ex plurimis*,

Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2023, n. 7992, Cons. St., sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493 e, ancor più di recente, Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11200, C.G.A.R.S., sez. giurisd., 21 febbraio 2024, n. 119, Cons. St., sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 e Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940, Cons. St., sez. VII, 2 maggio 2024, n. 3963). Si tratta peraltro di sentenze che hanno tutte affrontato le modifiche normative sopravvenute rispetto alle decisioni dell'Adunanza plenaria e in relazione alle quali, oltre a non sussistere alcun vincolo derivante dal contenuto delle due sentenze dell'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., non si è formato alcun contrasto giurisprudenziale, essendo stata sempre seguita la tesi della disapplicazione delle proroghe anche sopravvenute.”⁵

Viene dunque ribadito che **“la Dir. 2006/123/CE ha effetti diretti, è self-executing ed è immediatamente applicabile, come aveva chiarito la Corte di Giustizia UE nella sentenza Promoimpresa del 14 luglio 2016, in C-458/14 e in C-67/15 – e, sulla sua scia, la sentenza n. 17 del 2021 dell'Adunanza plenaria e le altre già menzionate sentenze del Consiglio di Stato – e come la stessa Corte ha riconfermato decisamente, laddove ve ne fosse stato bisogno (e non ve ne era), nella sentenza Comune di Ginosa del 20 aprile 2023, in C-348/22”**.

Da cui il conseguente onere delle Amministrazioni e dei Giudici amministrativi di disapplicarle e l'illegittimità della Delibera in quanto genera una violazione di tali, ormai pacifiche, regole.

1.2 Per mero scrupolo difensivo, in quanto il Comune non ha argomentato in tal senso, qualora si voglia – in ipotesi- ritenere compatibile con il diritto dell'Unione la cd. proroga “tecnica” – funzionale allo svolgimento della gara – prevista dall'art. 3, commi 1 e 3, della l. n. 118 del 2022 **nella sua originaria formulazione** [prima delle modifiche (da disapplicare) dei termini apportate dal d.l. n. 198 del 2022, come modificato dalla legge di conversione n. 14 del 2023] laddove essa fissa come termine di efficacia delle concessioni il 31 dicembre 2023 e consente alle autorità amministrative competenti di prolungare la durata della concessione, con atto motivato, per il tempo

⁵ Il Collegio nel prosieguo argomenta anche sulla **manca sussistenza dei presupposti** per il rinvio della causa alla Corte Costituzionale e alla Corte di Giustizia UE.

strettamente necessario alla conclusione della procedura competitiva e, comunque, non oltre il termine del 31 dicembre 2024 *«in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla presenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa»*, essa **non** risulterebbe in ogni caso sovrapponibile al caso *de quo*.

Affinché possano legittimamente giovare di tale proroga tecnica senza violare o eludere il diritto dell'Unione e la stessa l. n. 118 del 2022, le autorità amministrative competenti – e, in particolare, quelle comunali – devono avere **già** indetto la procedura selettiva o comunque avere deliberato di indirla in tempi brevissimi, emanando atti di indirizzo in tal senso e avviando senza indugio l'iter per la predisposizione dei bandi.

Stante la necessità non più procrastinabile di procedere alle gare, un'utile cornice normativa per una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni può essere tratta non solo dalle singole previsioni delle leggi regionali, ma anche dai principi e dai criteri della delega di cui all'art. 4, comma 2 della l. n. 118 del 2022, anche se poi essi non hanno trovato attuazione essendo la delega scaduta senza esercizio.

Ne deriva che anche sotto tale profilo la Delibera dovrebbe considerarsi illegittima: il Comune non può riconoscere l'estensione della durata delle concessioni in essere per un ulteriore anno facendo riferimento all'art. 3 della l. n. 118/2022, senza aver prima avviato alcuna procedura competitiva (o, quanto meno, avere individuato sia la disciplina in forza della quale tali procedure saranno esperite, sia i criteri di selezione, sia le tempistiche rilevanti ai fini del loro avvio e del rilascio dei titoli concessori) e evidenziando anzi che l'impossibilità di procedere ai bandi dipende dal protrarsi di un inadempimento della stessa amministrazione (come si legge nella Nota – doc. 2 - ancora manca una mappatura utile delle concessioni demaniali).

La natura derogatoria della proroga rispetto alla regola generale di cui all'art. 3, comma 1, della l. n. 118/2022, ne comporta l'obbligo di interpretazione restrittiva.

Quindi, solo a seguito di un rigoroso accertamento in merito alla presenza delle circostanze appena menzionate è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito

di un ulteriore anno, o meglio solo per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure rilevanti: *«si può ritenere compatibile con il diritto dell'Unione la sola proroga “tecnica” – funzionale allo svolgimento della gara – prevista dall'art. 3, commi 1 e 3, della l. n. 118 del 2022 nella sua originaria formulazione, prima delle modifiche dei termini apportate dal d.l. n. 198 del 2022 ... affinché possano legittimamente giovare di tale proroga tecnica senza violare o eludere il diritto dell'Unione e la stessa legge n. 118/2022, però, le autorità amministrative competenti – e, in particolare, quelle comunali – devono avere già indetto la procedura selettiva o comunque avere deliberato di indirla in tempi brevissimi, emanando atti di indirizzo in tal senso e avviando senza indugio l'iter per la predisposizione dei bandi»* (cfr. i § 25- 25.1 della menzionata sentenza Consiglio di Stato n. 4479/2024).

L'invocata (dal Comune) assenza di una normativa interna di riordino della materia, con stratificazioni e contraddizioni da rendere incerte le future decisioni del legislatore, a rigore, non giustifica – ancora - la mancata indizione delle procedure a evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere o sulle modalità di predisposizione dei bandi. Ciò in quanto i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara sono stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021 (e a seguire), desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni.

Nella sentenza AGCM c. Comune di Ginosa si legge che *«secondo una giurisprudenza costante della Corte, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni»* e, al contempo, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che *«stante la necessità non più procrastinabile di procedere alle gare ... non sono solo le singole previsioni delle leggi regionali a poter fornire un'utile cornice normativa, ma soccorrono certamente per una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni, al fine di indirizzare nell'esercizio delle rispettive competenze l'attività amministrativa delle Regioni e dei Comuni, i principi e i criteri della delega di cui all'art. 4, comma 2 della l. n. 118 del 2022, anche se poi essi non hanno trovato attuazione essendo la delega*

scaduta senza esercizio» (sentenza Cons. Stato n. 4480/2024).

A fronte di tali statuizioni, l'Amministrazione comunale invece di ricorrere all'ennesimo differimento delle concessioni, ben avrebbe potuto procedere ad applicare la normativa comunitaria, considerando le concessioni ormai decadute e azionandosi celermente per indire le relative procedure di gara.

1.3 Merita un ulteriore chiarimento, sebbene anche tale aspetto non risulti espressamente menzionato nell'atto comunale, la questione relativa alla *"scarsità della risorsa"* (già ripercorsa nel par.II, 1.1 a pag. 12 che precede).

Il Consiglio di Stato (con la recente sentenza n. 4479/2024) ha chiarito che *"§ 19 quando pure l'autorità amministrativa competente, sulla scorta di quanto appena precisato al § 17.5. e sotto il controllo dell'autorità giurisdizionale, ritenga non applicabile l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE che, come ha ricordato la Corte, già provvede a un'armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel suo campo di applicazione (Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, Promoimpresa, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, punto 61), deve comunque trovare applicazione l'art. 49 del T.F.U.E. sulla libertà di stabilimento, laddove la singola concessione presenti un interesse transfrontaliero certo."*

19.1. A tale riguardo, infatti, non può sottacersi che, qualora siffatta concessione riguardi in alcuni limitati e circoscritti casi una risorsa legittimamente ritenuta non scarsa ma presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione e una siffatta disparità di trattamento è, in linea di principio, vietata dall'articolo 49 del T.F.U.E.

19.2. Per quanto riguarda, anzitutto, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che, secondo la Corte, quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri

rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, punto 66).

19.3. Ebbene, l'autorità amministrativa, quando pure ritenga che la risorsa naturale destinabile alla concessione per lo sfruttamento economico a fini turistico-ricreativi non sia scarsa, deve valutare comunque, per rispettare la libertà di stabilimento, se la singola concessione abbia o meno interesse transfrontaliero e, nel fare ciò, deve avere riguardo alle caratteristiche specifiche del singolo stabilimento che, anche solo per le sue caratteristiche (storiche, geografiche, ecc.), può esercitare una attrattiva per gli operatori economici stranieri, interessati a concorrere.”.

In tal senso, secondo l'argomentazione del Consiglio di Stato (cfr. anche sez. VII, 6.09.2023, n. 8184), il patrimonio costiero nazionale può considerarsi certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

2. In conclusione, non v'è dubbio che, nel caso di specie, il Comune di Fiumicino piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni⁶, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza. Tra l'altro, è singolare che lo stesso Comune non si avveda della circostanza secondo cui il protrarsi della situazione di (sua) inerzia è idoneo a determinare non solo l'avvio della fase contenziosa della procedura di infrazione di cui è oggetto l'Italia proprio per la violazione delle norme qui dedotte, ma anche una responsabilità dello Stato, anche in termini risarcitori,

⁶ Il presente ricorso viene notificato a due fra i potenziali controinteressati all'impugnazione.

che in definitiva graverebbe sul Comune ai sensi dell'art. 43 della l. n. 234/2012.

P.Q.M.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata,

CHIEDE

che codesto Ecc.mo Tribunale accolga il presente ricorso *ex art. 21-bis* della l. n. 287/1990 e, per l'effetto, annulli, i provvedimenti impugnati e indicati in epigrafe, nonché ogni atto rispetto ad essi presupposto, conseguente o comunque connesso, ancorché non conosciuto all'esponente. Con vittoria di spese e compensi di giudizio.

Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. n. 115/2002, si dichiara che il contributo unificato dovuto è pari a euro 650,00.

Si depositano:

1. Comune di Fiumicino - Deliberazione della Giunta comunale n. 236 del 27 dicembre 2023, avente ad oggetto «*Validità concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative al 31.12.2024 – legge 5 agosto 2022, n. 118*»;
2. Comune di Fiumicino - Nota prot. n. 115390 del 13 maggio 2024 (ricevuta dall'AGCM in data 14.05.2024), recante «*Parere Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativo alla Deliberazione della Giunta del Comune di Fiumicino del 27 dicembre 2023 n. 236,[.....]. Ricontro*»;
3. AGCM- Parere ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990 relativo alla Deliberazione della Giunta del Comune di Fiumicino del 27 dicembre 2023, n. 236, avente ad oggetto «*Validità concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative al 31.12.2024 – legge 5 agosto 2022, n. 118*».

Roma, 12 giugno 2024

Avv. Paola Razzano