

**AS2052 – COMUNE DI MINTURNO (LT) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI
MARITTIME CON FINALITA' TURISTICO-RICREATIVE**

Allegato

AS2029 - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME, LACUALI E FLUVIALI CON FINALITA' TURISTICO RICREATIVE E SPORTIVE

Roma, 12 agosto 2024

Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano

Associazione Nazionale Comuni Italiani

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 30 luglio 2024, ha inteso svolgere alcune considerazioni, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riguardo alle principali criticità concorrenziali riscontrate, nello svolgimento delle proprie attività istituzionali, in merito alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive, nonché fornire agli enti in indirizzo alcune indicazioni per garantire che l'assegnazione di tali concessioni sia improntata a criteri rispettosi dei principi e della normativa a tutela della concorrenza e del mercato.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i propri numerosi interventi 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 concorrenziale¹.

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, in un contesto nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari².

¹ L'Autorità segnala dal 2018 l'opportunità di adottare in tempi celeri una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività (cfr. AS1550 - *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018).

² Cfr. AS1730 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Bollettino n. 13/2021. Nel corso del biennio 2020-2021, inoltre, 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 contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (cfr., *ex multis*, i AS1701 - *Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime*

Nel corso del primo semestre del 2024, a seguito della scadenza al 31 dicembre 2023 del periodo transitorio di efficacia delle concessioni in essere, individuato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³, l'Autorità ha adottato numerosi pareri motivati, adottati ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990⁴, e alcuni pareri, ai sensi dell'articolo 22 della medesima legge, in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. Tali interventi hanno avuto a oggetto, da un lato, i provvedimenti adottati dagli enti concedenti finalizzati a prorogare l'efficacia delle concessioni in questione al 31 dicembre 2024, alla luce delle modifiche apportate alla legge n. 118/2022 dal d.l. n. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla legge 24 febbraio 2023, n. 14 e, dall'altro, alcune considerazioni in merito allo svolgimento delle procedure selettive di assegnazione delle concessioni demaniali marittime e alla predisposizione dei relativi bandi.

Sulla proroga delle concessioni

a) L'illegittimità delle proroghe e la necessità di disapplicare la normativa in contrasto con il diritto eurounitario

Come noto, con la legge n. 14/2023 di conversione del d.l. n. 198/2022 (c.d. decreto Milleproroghe) il legislatore: i) ha modificato l'articolo 2 della legge n. 118/2022, prorogando a undici mesi dalla data di entrata in vigore della legge il termine per l'esercizio della delega legislativa di riordino della materia; ha inserito alla fine dell'articolo 2 della legge n. 118/2022 un comma 4-*bis*, a mente del quale “[f]ino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'art. 3, comma 1, lettere a) e b)”; iii) ha modificato l'articolo 3 della legge n. 118/2022, prorogando dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024 il termine di efficacia dei rapporti insistenti su beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali, con la possibilità di spostare ancora più in avanti detto termine, in particolare fino al 31 dicembre 2025, nel caso in cui le amministrazioni non riescano a completare nei termini le procedure di gare per motivate ragioni oggettive. Con l'articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto Milleproroghe, è stato altresì stabilito che “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 ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori”.

Alla luce delle norme appena richiamate, molte amministrazioni hanno deciso di adottare provvedimenti di proroga al 31 dicembre 2024 delle concessioni demaniali in questione. In sintesi, le ragioni più ricorrenti addotte dagli enti interessati a sostegno della proroga riguardano: la complessità del quadro giurisprudenziale e normativo; l'impossibilità di espletare le procedure a

con finalità turistico ricreative, in Bollettini n. 41/2020; AS1729 - Comune di Ginosa (TA) - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, in Bollettino n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi AS1725 - Comune di Reggio Calabria - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 12/2021; AS1799 - Regione Autonoma della Sardegna - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 43/2021.

³ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, n. 17, secondo cui le concessioni demaniali, oltre il 31 dicembre 2023, “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.”.

⁴ Cfr., *ex multis*, AS1973 - Comune di Pietrasanta (LU) - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 22/2024; AS1993 - Comune di Misano Adriatico (RN) - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 25/2024; AS2010 - Comune di Finale Ligure (SV) - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in Bollettino n. 28/2024.

evidenza pubblica prima dell'adozione del decreto di riordino in materia di concessioni demaniali marittime e prima che siano definiti criteri uniformi minimi per lo svolgimento delle procedure selettive, onde evitare disparità di trattamento; la necessità di chiarire definitivamente se sussiste o meno l'obbligo di assegnazione delle concessioni mediante procedura a evidenza pubblica in ragione della scarsità della risorsa; le questioni correlate all'interpretazione dell'articolo 49 del Codice della Navigazione e l'eventuale riconoscimento di un indennizzo al concessionario uscente.

Nei propri pareri motivati, l'Autorità ha ritenuto che le amministrazioni concedenti avrebbero dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento dei provvedimenti di proroga, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all'articolo 49 TFUE e all'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi"), e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. 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 disapplicazione⁵.

In numerose occasioni, inoltre, l'Autorità ha contestato gli argomenti addotti dagli enti concedenti a sostegno della proroga, considerata l'infondatezza degli stessi e, in ogni caso, l'impossibilità di poter qualificare tali argomenti alla stregua di valide ragioni oggettive che, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022, avrebbero potuto giustificare il differimento della durata delle concessioni.

Si ricorda che la norma in questione circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Secondo l'Autorità, trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 della citata legge n. 118/2022 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, è necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Diversamente, in nessuno dei casi esaminati dall'Autorità le amministrazioni concedenti avevano avviato una procedura selettiva per l'assegnazione delle concessioni. Pertanto, l'Autorità ha rilevato come il richiamo alla predetta norma si traduceva in un'ingiustificata proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico ambito territoriale.

Con riferimento alle proroghe, del resto, anche il Consiglio di Stato ha da ultimo affermato il principio per cui si può ritenere compatibile con il diritto dell'Unione solo la proroga "tecnica" limitata per il tempo strettamente necessario allo svolgimento delle gare. Secondo il giudice amministrativo, in particolare, "[a]ffinché 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

⁵ Cfr., Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, AGCM (Comune di Ginosa), C-348/2022, EU:C:2023:301. Si vedano anche le sentenze del Consiglio di Stato, 20 maggio 2024, n. 4479, n. 4480 e n. 4481; 19 marzo 2024, n. 2662, n. 2664 e n. 2679; 1° marzo 2023, n. 2192; e 27 dicembre 2023, n. 11200.

*indirizzo in tal senso e avviando senza indugio l'iter per la predisposizione dei bandi". L'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022 "consente infatti la proroga tecnica, testualmente, solo per il tempo strettamente necessario «alla conclusione della procedura», che deve essere stata avviata e può ritenersi avviata, secondo una interpretazione ispirata a ragionevolezza, in presenza quantomeno di un atto di indirizzo volto ad indire, finalmente, le gare, non essendo consentito comunque, sul piano logico prima ancor che cronologico, disporre una proroga tecnica finalizzata alla conclusione di una procedura di gara che nemmeno sia stata avviata, quantomeno a livello programmatico"*⁶.

Pertanto, l'Autorità così come i giudici nazionali ed europeo ritengono necessario, per il rilascio delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, che l'amministrazione concedente ricorra a procedure a evidenza pubblica, 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.

La proroga in favore dei precedenti concessionari, di contro, viola le norme sopra richiamate, in quanto elusiva della scadenza al 31 dicembre 2023 del periodo transitorio indicato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e successivamente dal legislatore nell'articolo 3 della legge n. 118/2022) 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 a evidenza pubblica.

L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, del resto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata⁷.

b) Sulla scarsità della risorsa demaniale

Con riferimento alla scarsità della risorsa, l'Autorità intende ricordare, in linea con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che il concetto di scarsità deve essere interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. Ciò considerando che, ancora oggi, i dati del Sistema Informativo del Demanio marittimo - richiamati anche dall'Adunanza Plenaria - attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, viste le zone di spiaggia libera che non

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, 20 maggio 2024, n. 4479, n. 4480 e n. 4481, cit..

⁷ Al riguardo, si rappresenta che il Consiglio di Stato ha ritenuto che "allorché la legge di delega li abbia posti, i principi e i criteri della stessa entrano senz'altro a comporre il quadro dei referenti assiologici che permeano l'ordinamento vigente e concorrono pure essi a disciplinare direttamente la materia alla quale afferiscono, se il loro contenuto prescrittivo possiede i necessari requisiti, anche quando il Governo abbia infruttuosamente lasciato scadere la delega e fino a che, ovviamente, il legislatore non provveda direttamente ad abrogarli e/o a disciplinare diversamente la materia. 62. Tali principi e criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori per una disciplina uniforme della concorrenza in questa materia [...] saranno presi in considerazione dai Comuni, in particolare, nella predisposizione dei bandi per l'affidamento delle concessioni «sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza» (art. 4, comma 2, lett. b), l. n. 118 del 2022)." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4480, cit., punti 61 e 62).

risultano fruibili e tenuto conto dei limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni⁸.

In tale contesto, l’Autorità condivide le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea⁹, secondo cui è evidente l’attuale situazione di notevole scarsità (in alcuni casi inesistenza) che caratterizza le aree demaniali a disposizione dei nuovi operatori; situazione che è ancor più pronunciata se si considerano gli ambiti territoriali comunali o comunque si prendono come riferimento porzioni di costa ridotte.

In ogni caso, come precisato dalla Commissione europea, anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l’articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile per assenza del requisito della scarsità delle risorse, tuttavia sarebbe necessario prendere in considerazione l’articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹⁰. Come ricordato anche dal Consiglio di Stato, infatti, il patrimonio costiero nazionale è 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 membri¹¹.

Sulle procedure selettive

a) Il modello procedimentale

Con riguardo al modello procedimentale da seguire per il rilascio delle concessioni, l’Autorità ritiene auspicabile che vengano previste forme procedimentali di avvio d’ufficio piuttosto che su istanza di parte¹².

Sul punto si rammenta come, nei propri più recenti pronunciamenti, il Consiglio di Stato abbia più volte affermato che il regime dell’evidenza pubblica, discendente dall’applicazione dell’articolo 12 della Direttiva Servizi, è volto a perseguire l’obiettivo di aprire il mercato delle concessioni

⁸ Al riguardo, si ricorda che, con sentenza del 30 aprile 2024, n. 3940, il Consiglio di Stato ha ribadito che le concessioni interessano una risorsa “sicuramente scarsa”, come chiarito nella sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021. Ancor più di recente sul tema della scarsità si è pronunciato il Consiglio di Stato nelle citate sentenze n. 4479/2024, n. 4480/2024 e n. 4481/2024, in cui ribadisce che “la valutazione sulla scarsità delle risorse in alcun modo può ritenersi pregiudiziale o comunque non può mettere in discussione l’effetto diretto connesso all’art. 12, paragrafi 1 e 2, della Dir. 2006/123/CE”. Inoltre, il Consiglio di Stato riafferma “allo stato, la sicura scarsità della risorsa (v., da ultimo, Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940 nonché Cons. St., sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 nonché Cons. St., sez. VII, 6 settembre 2023, n. 8184, ord., secondo cui «la risorsa materiale è scarsa»), dovendo concordarsi con quelle tesi secondo cui, ove all’operazione di mappatura fosse associata la finalità di eludere l’assoggettamento alle procedure competitive a evidenza pubblica, si risumerebbe un diritto di insistenza per gli attuali concessionari, non più esistente, come si dirà, nemmeno nell’ordinamento interno”.

⁹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell’ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

¹⁰ Cfr. parere del 16 novembre 2023 cit., che rinvia a Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

¹¹ Si vedano anche le sentenze del Consiglio di Stato, 19 marzo 2024, n. 2662, n. 2664 e n. 2679.

¹² Cfr. AS2002 - *Comune di Viareggio (LU) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 27/2024; AS2003 - *Comune di Camaiore (LU) - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 27/2024; AS1930 - *Comune di Jesolo (VE) - Procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime*, in Bollettino n. 49/2023. In senso analogo, si veda anche ANAC, atto di segnalazione in materia di concessioni di beni demaniali, delibera 6 settembre 2022, n. 396.

demaniali marittime alla concorrenza e assicurare la *par condicio* tra i soggetti potenzialmente interessati¹³.

Diversamente, laddove l'ente affidante opti per una procedura selettiva a seguito di istanza di parte, l'Autorità ritiene doveroso rappresentare che la procedura deve concretamente soddisfare gli obblighi di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale, attraverso un efficace meccanismo pubblicitario e mediante il ricorso a specifici oneri istruttori e motivazionali¹⁴. La procedura selettiva, infatti, incidendo su risorse di carattere scarso in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già affievolite dalla lunga durata delle concessioni in essere e dal continuo ricorso a proroghe, deve essere tale da garantire un reale ed effettivo confronto competitivo - e, quindi, le *chances* concorrenziali delle imprese contendenti - e non soddisfare solo apparentemente i predetti criteri di trasparenza, imparzialità, pubblicità e *par condicio*¹⁵.

L'Autorità considera necessario, pertanto, che la procedura su istanza di parte per la selezione dei concessionari sia concretamente rispettosa dei criteri indicati dalla giurisprudenza sopra richiamata e della normativa e giurisprudenza eurounitaria in materia. A tal fine occorre che sia fornita adeguata pubblicità all'avviso e, dunque, all'avvio della procedura e al suo svolgimento e completamento, circostanza che non può essere rinvenuta nel caso di pubblicità esclusivamente locale o per un periodo di tempo limitato.

Inoltre, l'Amministrazione non dovrà ostacolare l'effettivo confronto concorrenziale mediante comportamenti ostruzionistici o dilatori nei confronti dei concorrenti potenziali o volti a favorire i concessionari uscenti, come nel caso di specifici inviti indirizzati dall'ente concedente ai concessionari uscenti per indurli a presentare domanda di rinnovo delle concessioni.

b) I criteri

L'Autorità ritiene imprescindibile che il Comune declini sin dall'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata, tutti i criteri che lo stesso intende valutare nell'assegnazione delle concessioni demaniali marittime con il relativo punteggio massimo attribuibile, in linea con le indicazioni fornite dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, così come riportate nell'articolo 4 della legge n. 118/2022¹⁶.

¹³ Cfr. Consiglio di Stato, A.P. n. 17/2022. Anche le pronunce del Consiglio di Stato, 20 maggio 2024, n. 4479, n. 4480 e n. 4481, cit., fanno esplicito riferimento alle "*procedure competitive a evidenza pubblica*".

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, 9 dicembre 2020, n. 7837; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 22 maggio 2023, n. 350; Consiglio di Stato, 16 febbraio 2017, n. 688.

¹⁵ Nella segnalazione AS1894 - *Comune di Castiglione della Pescaia (GR) - Assegnazione delle concessioni demaniali marittime*, in Bollettino n. 26/2023, resa al Comune di Castiglione della Pescaia, ad esempio, l'Autorità ha segnalato il contrasto con la normativa e i principi posti a tutela della concorrenza della procedura indetta dal Comune in questione per l'assegnazione di due concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative. Secondo l'Autorità, anziché avviare una reale competizione per il mercato, il Comune nello specifico aveva condotto una procedura solo apparentemente rispondente ai criteri di trasparenza, imparzialità, pubblicità e *par condicio* richiesti dall'articolo 12 della c.d. Direttiva servizi, di fatto precludendo l'accesso da parte di nuovi operatori alla procedura, che ha visto la partecipazione di soli due soggetti (incluso l'attuale concessionario). L'Autorità ha, inoltre, colto l'occasione per contestare la posizione assunta dal Comune in merito all'asserita legittimità della durata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali marittime insistenti nel territorio dell'ente locale, ribadendo in questo modo considerazioni già svolte in numerose precedenti pronunce.

¹⁶ Da ultimo, richiamati dal Consiglio di Stato nelle citate sentenze n. 4479/2024, n. 4480/2024 e n. 4481/2024.

Al riguardo, tuttavia, l'Autorità ritiene opportuno ricordare al Comune le restrizioni di natura concorrenziale che possono derivare dal requisito di partecipazione o dal criterio di valutazione della domanda inerenti alla capacità tecnica e professionale, laddove non venga prevista la possibilità che l'esperienza e la professionalità in questione siano state maturate dall'operatore anche nello svolgimento di attività *extra*-concessione. Tale requisito potrebbe infatti risultare ingiustificatamente restrittivo e privo dei connotati di necessità e proporzionalità, in quanto preclusivo della possibilità di partecipazione alla procedura di nuovi entranti e idoneo a integrare una preferenza in favore di operatori già attivi nel mercato¹⁷.

Analoghe preclusioni per i nuovi entranti possono derivare dall'attribuzione di un punteggio eccessivo alla pregressa esperienza professionale o in caso di un eventuale inserimento, tra i criteri selettivi, di un diritto di prelazione a favore del concessionario uscente. Quest'ultimo criterio, infatti, riproduce il diritto di insistenza già previsto dal testo dell'articolo 37 del Codice della Navigazione, oggi abrogato, in quanto incompatibile con i principi comunitari di parità di trattamento, eguaglianza, non discriminazione, adeguata pubblicità e trasparenza.

c) La durata e l'eventuale valore degli investimenti non ancora ammortizzati

Premessa la legittimità della scelta dell'amministrazione concedente di richiedere la realizzazione di investimenti anche ingenti (ad esempio, volti alla qualificazione di una determinata area o per l'esecuzione di opere a ridotto impatto ambientale), l'Autorità ribadisce¹⁸ che, al fine di non vanificare il ricorso a procedure concorrenziali di assegnazione, la durata della concessione dovrebbe essere commisurata al valore della stessa e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il tempo ragionevolmente necessario per il recupero degli investimenti autorizzati e un'equa remunerazione del capitale investito.

Con riferimento all'eventuale indennizzo al gestore uscente, nelle procedure a evidenza pubblica in corso di svolgimento, l'Autorità ritiene che, al fine di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente, ove sussistente, il valore di eventuali investimenti da questo effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, per i quali non è possibile la vendita su un mercato secondario, potrebbe essere posto a base d'asta nella successiva procedura selettiva¹⁹. In tal modo,

¹⁷ Cfr. AS1836 - *Comune di Rosignano marittimo (LI) - Assegnazione concessione demaniale marittima*, in Bollettino n. 20/2022.

¹⁸ AS1930, cit..

¹⁹ Al riguardo, si ricorda che anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle del 2021, richiamando quanto statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia nella sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, ha affermato "con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, la Corte di giustizia ha constatato che «gli Stati membri possono tenere conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate ai motivi imperativi di carattere generale», precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni «solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo, di tale direttiva» e che, comunque, necessiti al riguardo «una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti» (sentenza *Promoimpresa*). La Corte di giustizia ha, del resto, rinvenuto detta situazione rispetto a una concessione attribuita nel 1984 «quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza», esigendo che «la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico» (cfr. sentenza *Promoimpresa*)".

fermo restando il disposto dell'articolo 49 del Codice della Navigazione²⁰, l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dal concessionario uscente risulterebbe compatibile con procedure di affidamento coerenti sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi a effettuare gli investimenti²¹.

In tal caso, l'Autorità ritiene di dover segnalare l'opportunità che il professionista, chiamato a quantificare tale valore, sia incaricato da un soggetto terzo rispetto agli interessati concessionari²² (quale l'ente concedente) e che la quantificazione sia svolta con perizia, sulla base di parametri di valutazione attuali²³, certi e trasparenti, a tutela di tutte le parti, nonché pubblicata dall'ente concedente in tempo utile affinché i potenziali partecipanti ne possano tener conto nell'ambito della procedura competitiva. In questo modo, infatti, la procedura comparativa per il rilascio delle concessioni risulterebbe più trasparente, equa e oggettiva.

d) Valorizzazione dell'offerta economica

L'Autorità rappresenta che la valorizzazione dell'offerta economica in sede di gara, mediante una possibile maggiorazione del canone di concessione base annuo, potrebbe introdurre nella valutazione delle domande presentate un'importante variabile competitiva, purché il canone rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento²⁴. In tale caso, tuttavia, l'amministrazione comunale, in qualità di soggetto concedente, dovrebbe individuare delle modalità che, secondo i principi di trasparenza, equità, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità assicurino il contenimento dei prezzi e un'adeguata fruibilità per le diverse categorie di utenti finali.

e) Tempistica

Infine, per quanto attiene alla tempistica di svolgimento delle procedure, l'Autorità ritiene necessario sollecitare gli enti concedenti affinché tutte le procedure selettive per l'assegnazione delle nuove concessioni siano svolte quanto prima e che l'assegnazione avvenga non oltre il 31 dicembre 2024.

²⁰ Da ultimo, la Corte di Giustizia, con la sentenza dell'11 luglio 2024, *Società Italiana Imprese Balneari*, C-598/22, EU:C:2024:597, ha ritenuto che "L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che: esso non osta ad una norma nazionale secondo la quale alla scadenza di una concessione per occupazione del demanio pubblico e salva una diversa pattuizione nell'atto di concessione, il concessionario è tenuto a cedere immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione".

²¹ Come ha affermato, quindi, il Consiglio di Stato nelle richiamate sentenze gemelle "[l]'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi".

²² Cfr., con riguardo al diverso contesto delle gare per le grandi derivazioni idroelettriche, AS1137 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2014*, in Bollettino n. 27/2014.

²³ Similmente, l'Autorità si è già espressa con riferimento al diverso contesto delle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera g), del d.l. 201/2011 (cfr. p. 8 del parere AS1821 del 15 marzo 2022 relativo alla Delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 174/2021).

²⁴ Vale la pena ricordare che l'Autorità ha avuto occasione di segnalare come la ridotta misura dei canoni, determinati secondo i criteri previsti dal d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, sia causa anche di un evidente danno per le finanze pubbliche. Al riguardo, cfr. AS1730 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza Anno 2021*, in Bollettino n. 13/2021. In tale segnalazione l'Autorità auspicava una modifica legislativa che consentisse alle amministrazioni concedenti di sfruttare appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, l'Autorità riteneva opportuno che anche la misura dei canoni concessori formasse oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa possa riflettere il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

* * *

In conclusione, l'Autorità ribadisce l'importanza del ricorso a modalità di assegnazione competitive delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, evitando ulteriori proroghe e rinnovi automatici e, a tal fine, auspica che i rilievi sopra svolti siano tenuti in debita considerazione.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli
