



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287

relativo alla Delibera della Giunta del Comune di Viareggio del 23 dicembre 2023, n. 484, avente a oggetto *“Concessioni demaniali marittime per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive e ai rapporti aventi ad oggetto la gestione delle strutture turistico -ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo determinazioni”*

inviata al

Comune di Viareggio

*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

Rif. n. S4911

Dott. Giorgio Del Ghingaro
Sindaco del Comune di Viareggio
PEC: *comune.viareggio@postacert.toscana.it*

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Delibera della Giunta del Comune di Viareggio del 23 dicembre 2023, n. 484, avente a oggetto “*Concessioni demaniali marittime per l’esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive e ai rapporti aventi ad oggetto la gestione delle strutture turistico -ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo determinazioni*”, trasmessa con una segnalazione pervenuta il 3 gennaio 2024.

Con la suddetta Delibera il Comune differisce al 31 dicembre 2024 il termine di efficacia delle concessioni e dei rapporti di cui all’articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge n. 118/2022, in attesa dell’adozione dei decreti legislativi previsti dall’articolo 4 della medesima legge n. 118/2022. Inoltre, tale delibera, prende atto che, da un lato, l’articolo 2, comma 4-*bis*, della legge n. 118/2022 vieta agli enti concedenti di procedere con l’emanazione di bandi nelle more dell’adozione dei predetti decreti legislativi di riordino e, dall’altro, che l’articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge n. 198/2022, convertito con legge n. 14/2023, stabilisce che le concessioni continuano ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

In particolare, nella parte motiva della Delibera n. 484/2023, il Comune di Viareggio afferma di ritenere quale “*unica ipotesi percorribile*” quella di

“avvalersi dell’art. 3, comma 3, legge 118/2022, nella sua versione originaria, che ammette il differimento al 31.12.2024 della durata delle concessioni di cui all’art. 3, comma 1, lett. a) e b) della stessa legge 118/2022, fattispecie che al momento non è stata oggetto di contestazione o comunque risulta avere una maggiore aderenza ai principi espressi dalla giurisprudenza formatasi in materia”.

Nella delibera vengono, pertanto, riportate le ragioni oggettive che giustificerebbero tale differimento, ossia: *i)* l’assenza di una normativa di riferimento che indichi linee guida e principi a beneficio delle amministrazioni comunali, sia con riferimento al contenuto delle evidenze pubbliche che ai diritti di chi oggi è titolare di concessione demaniale e di strutture turistiche ricettizie; *ii)* la pendenza di un contenzioso amministrativo che interessa 60 concessioni sulle complessive 151 del Comune; *iii)* la mancata conclusione delle procedure di cui all’articolo 49 del Regio Decreto n. 327/1942 (codice della navigazione) avviate nel marzo 2023 da parte dell’Agenzia del Demanio, finalizzate alla valutazione ed incameramento delle opere non amovibili che insistono sul demanio.

Al riguardo, l’Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Delibera n. 484/2023.

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

Con precipuo riferimento alle proroghe, l’Autorità ha più volte sottolineato come il continuo ricorso a tale strumento violi 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

¹ Sin dal 2018, inoltre, l’Autorità segnala 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 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.

distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, 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 TFUE⁴ e con l’articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. “Direttiva Servizi”)⁵. 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 disapplicazione⁶.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l’Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Viareggio con la Delibera n. 484/2023 violi le norme sopra richiamate.

In linea generale si rileva che, con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali in essere oltre il 31 dicembre 2023, già nel 2021 l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ aveva affermato che, oltre il 31

² Cfr. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Boll. n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; AS1729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. 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 Boll. n. 12/2021; AS1799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l’abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l’esercizio di tali libertà.

⁵ L’articolo 12 della Direttiva Servizi prevede che “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*” (par. 1) e che, in tali casi, “*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*” (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, *AGCM (Comune di Ginosa)*, C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell’articolo 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l’obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l’obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell’Unione (punti 73).

⁷ Si ricorda che l’incompatibilità con l’ordinamento euro-unitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell’art. 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di

dicembre 2023, le concessioni demaniali “*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 Stato ha affermato il “*frontale contrasto*” 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. 14, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito 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 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 amministrazione⁹.

Tanto il giudice nazionale quanto quello europeo¹⁰ hanno dunque affermato l’obbligo di procedere con procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi

ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell’esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l’Adunanza plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare “*i principi di diritto nell’interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali 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 legislativi loro spettanti*”.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, 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*”.

⁹ 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 legittimato 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*”.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, 20 aprile 2023, cit..

dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, pertanto, il Comune di Viareggio, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, 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.

A ciò si deve aggiungere l'illegittimità della base giuridica utilizzata nella Delibera n. 484/2023 e l'infondatezza degli argomenti indicati a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Il Comune afferma di fare applicazione della formulazione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Il riferimento a una norma non più esistente nell'ordinamento, e che già per tale motivo non può essere posta a base di una decisione amministrativa, appare un espediente per eludere la scadenza del periodo transitorio indicata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dunque impedire l'applicazione della normativa eurounitaria 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.

Ciò detto in ordine all'impossibilità di applicare una norma non più vigente nell'ordinamento, in ogni caso va rilevata l'erronea interpretazione da parte del Comune di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. La norma in questione, infatti, 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. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, sembra 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.

Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù considerato che nessun tipo di procedura selettiva è stata avviata dal Comune e tenuto conto dell'infondatezza delle ragioni esposte nella delibera a sostegno della proroga/differimento.

Innanzitutto, non può ritenersi condivisibile l'interpretazione secondo cui l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi deve ritenersi condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale. Tale interpretazione si traduce di fatto in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto eurounitario ed è in palese contrasto con la natura *self-executing* del predetto articolo 12.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada 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 SID – richiamati anche dall'Adunanza Plenaria – attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, considerate le zone di spiaggia libera che non risultano fruibili e i limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni.

In tale contesto, si ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea¹¹, 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, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della

¹¹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹². Come infatti ricordato anche dal Consiglio di Stato, 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 membri.

In secondo luogo, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, 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, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

In terzo luogo, non può ritenersi dirimente l'esistenza di un contenzioso tra il Comune e alcuni operatori privati. Al riguardo, fermo restando quanto sopra rappresentato in ordine all'impossibilità di richiamare il predetto comma 3 per giustificare una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune - considerato peraltro, che il Comune non ha neppure avviato le procedure selettive - è lo stesso Comune di Viareggio a rappresentare nella propria delibera che il contenzioso pendente riguarda solo una parte delle concessioni esistenti nel Comune. Pertanto, pur volendo considerare la legittimità dell'interpretazione dell'articolo 3, comma 3, legge n. 118/2022, fornita dal Comune, ben avrebbe potuto quest'ultimo indire le procedure selettive per l'assegnazione delle concessioni per le quali non è pendente un contenzioso, che peraltro sono la maggior parte delle concessioni in essere nel Comune di Viareggio.

Anche la necessità di attendere il compimento della procedura avviata in applicazione dell'articolo 49 del codice della navigazione non può ritenersi un argomento valido a sostegno della proroga. La norma disciplina infatti le situazioni in cui, essendo venuta meno la concessione, lo Stato si attiva per acquisire le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale. La mancata conclusione di detta procedura dunque non impatta sulle procedure a evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere e che potrebbero, peraltro,

¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

prevedere il riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'Autorità ritiene che il Comune di Viareggio avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Delibera della Giunta Comunale di Viareggio del 23 dicembre 2023, n. 484 per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria sopra richiamati e procedere all'espletamento 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.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Viareggio dovrà comunicare all'Autorità entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. 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.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli