



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA CONCESSIONE AMMINISTRATIVA: LE ULTIME PRONUNCE SULL'ILLEGITTIMITÀ DELLE PROROGHE DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME

La giurisprudenza eurounitaria si è pronunciata di recente sull'illegittimità della proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo, definendola una pratica lesiva dei principi concorrenziali ex artt.49 e 101 TFUE. Il diritto vivente interno si era occupato della questione e del diritto di insistenza con cui si riconosceva una sorta di prelazione per il vecchio concessionario. Il contributo mira prima a delineare lo stato dell'arte in materia e poi a indagare sul tipo di tutela da offrire al concessionario che incolpevolmente si sia affidato a una legge anticomunitaria, sulla patologia che affligge l'atto anticomunitario, nonché sui doveri di disapplicazione del giudice. Qual è il costo della concorrenza per il singolo?

di **Sonia Sasso**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 26 Aprile 2021



Abstract ENG

The European Court recently ruled on the automatic extension of the maritime state property concessions. The right of insistence damages the competition principles pursuant to Articles 49 and 101 TFEU. The contribution aims first to outline the discipline of concessions and then to investigate the type of protection to be offered to the prior concessionaire, on the fault afflicting the anti-community act and on the duties of non-application of the judge. What is the cost of competition for the firm?

Sommario: 1. Il provvedimento di concessione di beni pubblici; 2. Il dialogo delle Corti sull'illegittimità della proroga automatica; 3. Le concessioni adottate in esecuzione di leggi anticomunitarie disapplicabili; 4. Occupazione abusiva e legittimo affidamento del vecchio concessionario; 5. Conclusioni

1. Il provvedimento di concessione di beni pubblici

La concessione è un provvedimento amministrativo con cui la P.A. attribuisce determinati diritti o facoltà ex novo a un privato. Storica la dogmatica sulla distinzione tra provvedimenti concessori e autorizzativi.

La dottrina maggioritaria ritiene che il suddetto istituto si differenzi dall'autorizzazione sotto il profilo degli effetti. Il provvedimento autorizzativo, infatti, mira a eliminare un limite legale preesistente che si oppone al diritto del privato. Il soggetto è già titolare del diritto ma ha bisogno dell'intervento pubblico per poterne godere a pieno. Emblematico il permesso di costruire a cui si attribuisce oggi natura autorizzativa in quanto lo ius aedificandi è una facoltà originaria del dominus limitata dallo Stato.

Caratteristica della concessione è invece l'assenza del diritto in capo al singolo ab origine; l'atto ha dunque un effetto costitutivo¹.

La diversa efficacia incide anche sulla disciplina e sul procedimento di emanazione dell'atto. L'amministrazione nell'autorizzare lo svolgimento di una data attività deve limitarsi a verificare il possesso di determinati requisiti in capo al privato e l'assenza di situazioni pregiudizievoli; al contrario, per la concessione, è necessario un accertamento più penetrante, atto a valutare l'utilità e la vantaggiosità per la P.A. del singolo conferimento.

Sotto il profilo procedimentale, inoltre, una tesi degna di nota esclude l'operatività del

silenzio assenso per le concessioni, che presuppongono l'esercizio di una potestà discrezionale².

La concessione è uno strumento con cui l'amministrazione, in ossequio al principio di buon andamento della P.A. (art. 97 cost.), può esternalizzare determinati servizi di interesse generale o la gestione dei beni pubblici. È evidente, dunque, come il problema di tutelare la concorrenza e la parità di trattamento tra operatori economici rilevi soprattutto rispetto alla concessione, al contrario di quanto avviene per l'autorizzazione in cui il singolo ha già nella sua sfera soggettiva il diritto, seppur ostacolato da un limite legale.

Lo strumento viene utilizzato spesso per esternalizzare la gestione del patrimonio demaniale.

La dottrina economica ha riconosciuto da tempo che il ricorso al mercato influisce positivamente sugli interessi di carattere generale legati ai beni pubblici, nonché sull'efficienza dell'agire amministrativo.

A livello normativo la concessione trova due diversi referenti sovranazionali: la dir. 23/2014 relativa alla concessione di lavori e di servizi e la dir. 123/2006 in materia di beni pubblici.

Le direttive disciplinano ambiti diversi, mentre la prima si occupa dei contratti pubblici, insieme alle direttive 24 e 25 del 2014, tradotte dal legislatore nazionale nel [{https/URL}](#) (codice degli appalti pubblici), la direttiva c.d. Bolkestein del 2006 riguarda la circolazione di servizi di carattere economico all'interno dell'UE. Da notare tuttavia come in entrambe sia centrale l'aspirazione economica del bene e la connessa applicazione dei principi di evidenza pubblica.

A norma della [{https/URL}](#) “l’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi”.

La fattispecie diverge dunque dall'appalto relativamente al tipo di rischio sostenuto dall'operatore, che nella concessione riguarda la gestione dell'opera. Da sottolineare come, in via generale, qui la controprestazione sia costituita dalla sola gestione; solo rispetto a particolari settori in cui vi è un alto rischio di fallimento alla gestione viene affiancato anche un corrispettivo in denaro³.

La concessione spesso si iscrive all'interno di un rapporto di partenariato pubblico-privato, in cui oltre alla gestione il privato si occupa anche della progettazione ed esecuzione dell'opera.

In via generale la dottrina è solita classificare l'oggetto di tali rapporti a seconda della capacità di generare reddito, distinguendo tra opera calda, fredda o tiepida.

Nel primo caso si tratta di progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito, attraverso ricavi da utenza, per cui il coinvolgimento del pubblico si limita alle fasi iniziali di pianificazione e indizione dei bandi di gara.

L'opera c.d. fredda, al contrario, è assolutamente inidonea a produrre ricavi, riguardando servizi privi di rilevanza economica e rientranti nei SIG (Servizi di interesse generale). Si tratta di opere sostenibili solo a fronte del pagamento di canoni annui da parte dell'amministrazione.

Le opere c.d. tiepide sono una fattispecie intermedia, in quanto l'opera è remunerativa, ma non abbastanza per ripagare interamente l'investimento, essendo necessario un contributo pubblico.

2. Il dialogo delle Corti sull'illegittimità della proroga automatica

La concessione del demanio marittimo e la sua proroga sono state oggetto di studio della giurisprudenza interna e sovranazionale, soprattutto rispetto alla tenuta del mercato concorrenziale e dei vincoli sovranazionali.

La CGUE, nel 2016, ha ricondotto tali concessioni alla dir. 123/2006 (c.d. Bolkestein), non rientrando i beni pubblici nella disciplina della direttiva appalti. Gli atti di ammissione allo sfruttamento di risorse naturali, quali quelli relativi alla concessione del demanio marittimo e fluviale a scopo turistico ricreativo, devono qualificarsi dunque come concessioni di beni pubblici e non di servizi⁴.

L'istituto è stato al centro del dibattito giuridico rispetto al sistema della proroga.

In particolare, era sorta la prassi di rinnovare in via automatica le concessioni demaniali, senza procedere a un bando di gara, in violazione del principio concorrenziale e di parità di trattamento tra operatori. Il concessionario acquisiva un diritto di insistenza, alla stregua di quello previsto dall'art.37 cod. nav., tale per cui doveva essere preferito agli

altri operatori in sede di rinnovo della concessione.

Nel settore del codice di navigazione è previsto espressamente un diritto di prelazione e rinnovazione automatica della concessione scaduta. Il legislatore in più occasioni ha avallato la tesi del diritto di insistenza, prevedendo forme di proroga automatica, svincolata del tutto da una procedura di gara.

Parte della giurisprudenza, in un primo momento, aveva limitato l'operatività dell'istituto alle sole ipotesi in cui tale diritto fosse previsto dal contratto o dalla legge⁵.

Il diritto vivente più recente ha evidenziato, invece, gli aspetti problematici dell'istituto rispetto all'accessibilità al mercato per nuovi operatori economici. Il rinnovo automatico rischia di compromettere i vantaggi legati all'esternalizzazione e all'operare nel mercato. Le recenti le sentenze del Consiglio di Stato <https://www.corsidiritto.it/2017/05/11/legittimita-delle-proroghe-senza-gara/> proprio per tali profili.

La proroga automatica attribuisce, infatti, al concessionario un vero e proprio dominio sulla cosa, rendendo indeterminato il periodo di concessione e precludendo forme di rotazione.

È stata criticata, inoltre, la tesi giurisprudenziale che nel riconoscere il diritto di insistenza lo faceva discendere dalla tutela dell'affidamento del privato. Secondo tale orientamento il danno potenzialmente sofferto dal privato, derivante dalla lesione del suo affidamento, veniva sostituito dalla concessione di un rinnovo automatico. In tal modo non veniva incisa né la posizione del singolo operatore economico, né quella dell'ente concedente, il quale evitava di dover corrispondere un'indennità o risarcimento.

La tesi è stata criticata, in primis, nella parte in cui ritiene indifferente per l'amministrazione ricorrere alla gara o concedere il rinnovo. Il vantaggio offerto all'operatore economico produce infatti un potenziale danno per il concedente, a cui è preclusa la possibilità di una diversa e più efficiente assegnazione. L'automatismo incide sulla stessa best practices del concessionario, in quanto è fatto noto che il mercato e la possibilità di una diversa assegnazione spingano il concessionario verso una gestione più efficiente del bene, al contrario di quanto avviene in caso di autorizzazioni sine die.

Analizzando la questione sotto il profilo storico, è interessante notare come la creazione del mercato unitario e i principi della libera circolazione di merci, capitale, persone e servizi abbiano inciso sull'ammissibilità del diritto di insistenza. La liberalizzazione e le privatizzazioni degli anni 90 hanno posto agli operatori del diritto il problema di definire

la disciplina applicabile ai beni pubblici e, in particolare, al demanio marittimo da sempre oggetto di contese economiche⁶.

La CGUE nella ormai nota sentenza *Promoimpresa e Melis* del 2016, ha definitivamente affermato che la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali contrasta con i principi della dir. Bolkestein, nonché con l'art.49 TFUE a tutela della libertà di stabilimento.

Primo elemento di contrasto attiene dunque all'art. 12 [{https/URL}#39](#); interno di una procedura pubblica che garantisca imparzialità e trasparenza. L'autorizzazione, inoltre, deve avere un tempo limitato ma adeguato a far rientrare il singolo negli investimenti fatti, salvo particolari deroghe in caso di motivi imperativi di interesse generale.

La norma censurata risulta illegittima anche alla luce dell'art. 49 TFUE, che sancisce la libertà di stabilimento e osta a una normativa che di fatto limiti i traffici commerciali di beni economicamente rilevanti.

La libera circolazione dei servizi viene garantita proprio dai principi di par condicio, imparzialità e trasparenza, che si devono applicare anche a materie diverse dagli appalti, laddove si versi in attività suscettibili di apprezzamento economico.

La giurisprudenza interna in più occasioni si è espressa in tal senso, applicando le regole proprie dell'evidenza pubblica anche alle concessioni di beni pubblici non rientranti nelle direttive appalti. I principi eurounitari in materia di libera prestazione di servizi (non discriminazione, parità di trattamento ed effettività) non sono legati al particolare settore dei contratti pubblici e delle direttive del 2014, ma riguardano la disposizione di qualsiasi bene suscettibile di valutazione economica. È l'occasione di guadagno, dunque, l'elemento a cui guardare al fine di applicare la procedura a evidenza pubblica⁷.

La CGUE ha censurato dunque la legge 221/2012, con cui era stata introdotta una proroga automatica delle concessioni in scadenza al 31 dicembre 2015 fino al 2020, non giustificata da particolari interessi sovraindividuali⁸.

Di recente il TAR Toscana si è pronunciato sul punto in modo conforme affermando che "Il rilascio delle concessioni demaniali che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE è subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, con la conseguenza che è illegittima la proroga disposta dall'Amministrazione resistente e la conseguente decisione di non dar corso alla

procedura comparativa perché disposte in aperta violazione del divieto, introdotto dalla normativa eurounitaria, di applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145 del 2018.”

Il giudice di merito ha ricostruito la questione sottolineando la soppressione del diritto c.d. di insistenza, alla luce dei principi eurounitari di libera circolazione dei servizi e la necessità di indire una procedura selettiva. La selezione è necessaria e deve valorizzare le offerte che rispondano meglio all'interesse pubblico, anche da un punto di vista economico, prescindendo dall'esistenza di una precedente autorizzazione. Non solo il vecchio concessionario non ha diritto ad avere un rinnovo automatico, ma non può nemmeno essere valutato più favorevolmente rispetto agli altri. L'eventuale concessione al vecchio operatore è possibile, purché la sua offerta risulti la migliore da un punto di vista qualitativo e quantitativo, prescindendo dalla situazione passata.

Alcuni commentatori evidenziano la rigidità di tale profilo, che rischia di stravolgere la posizione di dominio del vecchio concessionario nel non considerare gli investimenti fatti per la gestione del bene, nonché il know how.

Il concessionario secondo tale impostazione vanterebbe dunque un mero interesse di fatto a che l'amministrazione gli conceda una nuova concessione, in modo del tutto simile agli altri operatori.

Per evitare indebite preferenze, la giurisprudenza sembra quasi azzerare il rapporto preesistente, con effetti dubbi e non sempre virtuosi. L'esperienza e gli investimenti dell'operatore dovrebbero, seppur parzialmente, essere considerati, in attuazione anche del principio di uguaglianza che richiede trattamenti diversi per situazioni dissimili.

La teoria del diritto di insistenza è stata superata ormai definitivamente in un'ottica proconcorrenziale, con indubbe ricadute sulla posizione dell'operatore economico. Interessante una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale che ha ribadito l'illegittimità di concessioni attribuite in via automatica senza gara.

Il Giudice delle leggi in relazione ad una norma regionale che prevedeva un meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime già esistenti, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, affermando fra l'altro, che tale meccanismo di rinnovo sottrarrebbe le concessioni “alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza... per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari. Un effetto, come poc'anzi rammentato, già più volte ritenuto costituzionalmente illegittimo da questa Corte”⁹.

3. Le concessioni adottate in esecuzione di leggi anticomunitarie disapplicabili

Le censure all'utilizzo di proroghe, lesive della concorrenza, pongono all'interprete il problema di definire la sorte degli atti posti in essere in esecuzione di leggi disapplicabili¹⁰.

La scienza giuridica non appare conforme sul punto, posto che da una parte vi sono coloro che ritengono affetto da nullità il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto eurounitario, mentre dall'altra vi è chi definisce la patologia dell'atto anticomunitario semplicemente annullabile, ai sensi dell'art. 21-octies, [{https/URL}#39](#);art.21-septies, [{https/URL}](#)

Secondo un terzo orientamento, invece, la violazione del diritto eurounitario può portare effetti diversi a seconda del tipo di norma violata. Nel caso in cui la norma attribuisca il potere amministrativo, l'atto sarà nullo per difetto assoluto di attribuzione; al contrario se la disciplina si limita a definire l'esercizio del potere, l'atto sarà annullabile.

Pare opportuno rilevare come recentemente, in tale contesto, sembrerebbe maggioritaria in giurisprudenza la tesi che propende per l'annullabilità del provvedimento anticomunitario. La teoria, in virtù dell'impostazione monistica, ritiene che le fonti eurounitarie siano un parametro di legittimità dell'atto amministrativo, tale per cui è evincibile il vizio di violazione di legge. Si riconosce dunque la sussistenza del potere di emanare l'atto in capo al soggetto pubblico.

Alla luce di tali considerazioni, eventuali proroghe automaticamente rinnovate sulla base di una legge anticomunitaria sarebbero invalide e annullabili, ai sensi dell'art.21-octies, [{https/URL}](#)¹¹.

Anche il Consiglio di Stato si è pronunciato di recente aderendo alla tesi dell'annullabilità¹²: il provvedimento con cui si attua una proroga automatica alla concessione, è affetto da violazione di legge eurounitaria e può essere impugnato davanti al giudice amministrativo nel termine decadenziale di 60 giorni. Nel caso di specie il ricorso è stato dichiarato inammissibile proprio per decorrenza dei termini; l'atto annullabile mantiene dunque i suoi effetti a differenza di quello nullo che ne è privo ex ante.

Testualmente si legge che “il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto

eurounitario non va considerato nullo, per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'amministrazione procedente, sebbene alla medesima amministrazione, per quanto si è sopra riferito, è fatto carico dell'obbligo di non applicare la norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario, in particolar modo quando tale contrasto sia stato sancito in una sentenza della Corte di giustizia UE¹³".

Dall'adozione della tesi sull'annullabilità si ricava anche la possibilità di annullare in autotutela il provvedimento anticomunitario. Rimedio che non sarebbe altrimenti ipotizzabile nel caso in cui si ritenesse l'agente privo di potere¹⁴.

La violazione del diritto comunitario potrebbe giustificare, inoltre, forme di autotutela obbligatoria. La giurisprudenza sovranazionale ha evidenziato che l'amministrazione è tenuta a riesaminare l'atto amministrativo quando siano rispettate tre condizioni. È quindi necessario che l'ordinamento preveda un sistema di riesame, che vi sia un contrasto con il diritto eurounitario e che, inoltre, siano terminati i rimedi esperibili e non sia stata adita la CGUE in via pregiudiziale¹⁵.

In tal caso l'obbligatorietà dell'autotutela riguarda il solo profilo del an, rimanendo l'amministrazione libera di non annullare il provvedimento. L'eventuale giudicato sulla legittimità della concessione anticomunitaria potrebbe essere superato in via di autotutela nei suddetti termini.

4. Occupazione abusiva e legittimo affidamento del vecchio concessionario

Dubbi sono stati posti anche rispetto alla qualifica del vecchio concessionario che scaduta l'autorizzazione si trovi a occupare il bene sine titulo.

Occorre distinguere il profilo penale da quello civile.

L'occupazione abusiva di spazio demaniale ex art. 1161 cod. nav. si configura, secondo la giurisprudenza più recente, anche in caso di concessione scaduta per cui si è richiesto il rinnovo.

Il reato sanziona infatti "Chiunque arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo o aeronautico o delle zone portuali della navigazione interna, ne impedisce l'uso pubblico o vi fa innovazioni non autorizzate, ovvero non osserva i vincoli cui è assoggettata la proprietà privata nelle zone prossime al demanio marittimo od agli aeroporti".

Problematica appare, dunque, la posizione del concessionario nel caso in cui il giudice ordinario, disapplicando la norma contrastante il diritto sovranazionale, lo privi di titolo. In tal caso l'occupazione del bene è assimilabile a quella sussistente in caso di concessione scaduta. La Cassazione Penale in un procedimento cautelare ha qualificato il vecchio concessionario quale occupante perseguibile ai sensi dell'art. 1161 cod.nav. a seguito della disapplicazione della norma anticomunitaria¹⁶.

Al contrario il giudice civile sembra escludere tale status nel rigettare richieste risarcitorie da abusiva occupazione, perché lesive esse stesse dell'affidamento incolpevole del privato¹⁷.

La posizione del previgente concessionario può apparire ambigua e precaria, a fronte di una concessione ex lege o attribuita con un provvedimento in contrasto con l'ordinamento sovranazionale e dunque annullabile. L'affidamento così sorto non può essere definito legittimo in quanto si basa su un provvedimento invalido. Secondo alcuni autori, tuttavia, potrebbe ravvisarsi un'ipotesi di affidamento incolpevole rispetto alla legittimità della proroga. L'eventuale annullamento della stessa, in via giudiziale o in autotutela, inciderebbe su tale affidamento.

Tale circostanza, seppur non idonea a giustificare la spettanza del bene o del diritto di insistenza, ha degli effetti sotto il profilo penale rispetto al dolo e in quello civile per legittimare un risarcimento.

La prova di una forma di affidamento potrebbe rilevare quale errore per escludere l'elemento soggettivo rispetto all'arbitrarietà del fatto.

Sotto il versante civile, inoltre, il privato potrebbe richiedere un risarcimento del danno per la lesione del suo affidamento incolpevole. A tal fine è necessario provare però il comportamento scorretto della P.A. nonché l'assenza di contributo del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c. 18.

“La tutela della buona fede del concessionario, quindi, va relazionata alla data di adozione della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta Bolkestein), cosicché nell'ipotesi di concessione demaniale marittima rilasciata in data antecedente, secondo la Corte di giustizia, la cessazione anticipata della concessione deve essere preceduta da 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”.

Il Consiglio di Stato nella sentenza annotata evidenzia tale profilo, ritenendo ad oggi quasi

precluso l'insorgere di un affidamento incolpevole, in quanto non può tutelarsi una forma di ignorantia iuris. Alla luce delle pronunce della CGUE e della stessa Corte Costituzionale l'illegittimità della proroga automatica non può essere in alcun modo sanata in virtù della tutela della buona fede o affidamento del singolo. Il Consiglio di Stato nella sentenza annotata ritiene che sia possibile tutelare l'affidamento del singolo, tramite brevi proroghe, solo per le concessioni ante Bolkestein. Solo rispetto a tale periodo l'affidamento del singolo sarebbe degno di tutela.

Sul punto si rintracciano tesi divergenti in quanto secondo alcuni autori sarebbe ravvisabile la buona fede del privato anche successivamente. A rilevare non dovrebbe essere un determinato periodo storico quanto l'effettivo modus operandi dell'amministrazione, idoneo a generare forme di affidamento incolpevole. La tesi riconosce la risarcibilità del danno cagionato al privato dal provvedimento illegittimo di proroga poi legittimamente annullato in via giudiziale o amministrativa.

Tale potrebbe considerarsi per esempio il comportamento dell'ente locale che inserisce una proroga automatica in violazione della normativa sovranazionale, poi annullata in autotutela. Il riconoscimento della tutela risarcitoria sopprimerebbe all'eccessivo favor verso la concorrenza e offrirebbe al concessionario uno strumento rimediale, seppur equivalente. La tutela del primo concessionario, quindi, non sarebbe del tutto compromessa potendo lo stesso adire il rimedio del risarcimento nel caso in cui venga provato il comportamento scorretto.

5. Conclusioni

La tutela del mercato concorrenziale impone oggi al legislatore nostrano di prevedere forme di aggiudicazione e concessione dei beni economici, atte a garantire par condicio e trasparenza. Le concessioni demaniali rientrano nell'ambito di operatività della direttiva Bolkestein e devono seguirne il dettame.

L'atto di concessione marittima deve essere stipulato a seguito di una gara pubblica, in ossequio agli artt. 49 e 101 TFUE. A seguito della scadenza dell'autorizzazione, l'operatore economico non ha un diritto di prelazione o c.d. di insistenza sui beni, potendo semplicemente sperare in una nuova concessione. Il diritto vivente fa esplicito riferimento ad un mero interesse di fatto.

L'illegittimità delle proroghe automatiche, così come del diritto di insistenza, appare ormai accolta unanimemente dalla scienza giuridica. I principi eurounitari alla base di tale tesi influiscono positivamente sullo stesso buon andamento della P.A. e rappresentano un parametro di legittimità del provvedimento amministrativo. La concessione attribuita in

assenza di gara sarebbe dunque annullabile nel generale termine di decadenza di 60 giorni.

Alla luce di quanto descritto, appare interessante evidenziare il rapporto tra la concessione e l'autoproduzione del bene tramite l'in house providing. La regola dell'evidenza pubblica trova un'eccezione, infatti, rispetto a situazioni in cui l'amministrazione sceglie di non ricorrere al mercato ma di utilizzare risorse interne. Il ricorso al mercato non è una scelta inevitabile, in quanto la P.A. ha la possibilità di ricorrere all'internal procurement. L'affidamento diretto alla società in house non contrasterebbe con i principi eurounitari proconcorrenziali da attuare solo rispetto ad affidamenti esterni.

Sulla possibilità di ricorrere all'affidamento diretto e sulla sua compatibilità con il mercato concorrenziale, è sorto un vivace dibattito che ha portato ad una recente sentenza della Corte Costituzionale¹⁹. In particolare, è stato ribadito come il ricorso all'autoproduzione, seppur sia legittimo, richieda una motivazione aggravata tale da giustificare il mancato ricorso al mercato, ai sensi dell'art.192, comma II, {https/URL}

Mutatis mutandis anche il ricorso alla procedura pubblica per il rinnovo delle concessioni può trovare delle eccezioni in ragione di interessi generali o della tutela della buona fede del concessionario in casi particolari. È necessario che tali eccezioni siano però contenute in una fonte primaria e statale, non potendo l'atto amministrativo porsi in contrasto con la disciplina eurounitaria, né la legge regionale incidere su una materia esclusiva dello Stato (concorrenza). L'eccezione deve inoltre essere accompagnata da una motivazione dettagliata e puntuale sugli interessi da tutelare.

Risulta interessante come il problema dell'affidamento del singolo era stato evidenziato dallo stesso Avvocato Generale nel rinvio pregiudiziale C-67/2015, che portò alla nota pronuncia della CGUE del 2016. Si legge espressamente che "la giustificazione relativa al principio della tutela del legittimo affidamento invocata dai ricorrenti nel procedimento principale e dal governo italiano richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti. Detta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica, come quella istituita dal legislatore italiano, che è applicata indiscriminatamente a tutte le concessioni demaniali marittime e lacuali".²⁰

La stessa CGUE sembra aver condiviso tali riflessioni affermando che "una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede 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. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione".

La pronuncia del Consiglio di Stato annotata sembra allora aderire a tale argomentazione, seppur in via restrittiva, limitando l'affidamento al solo periodo ante Bolkestein.

Alla luce di quanto descritto, l'operatore economico sembra quasi essere sacrificato sull'altare della concorrenza e del mercato, esautorato di qualsiasi facoltà e interesse indifferenziato, omologato a tutti gli operatori.

L'evoluzione del mercato e dei rapporti tra l'ordinamento interno, l'Unione Europea, gli apparati e gli operatori economici influirà sul dibattito e mostrerà all'operatore del diritto un nuovo punto di equilibrio tra interessi contrapposti ma da contemperare.

Il rimedio risarcitorio rappresenta oggi l'unico strumento per riequilibrare la posizione del vecchio concessionario a fronte di comportamenti scorretti e ambigui dell'amministrazione.

Note e riferimenti bibliografici

1 Sulla distinzione tra concessione e autorizzazione si veda O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma – Firenze, 1894; A. M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in Riv. Trim. Dir. Pub., 1957, p. 784ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 614 ss. Contrario alla distinzione effettuale R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, 1974 secondo cui entrambi gli atti hanno un'efficacia costitutiva. Per una ricostruzione della dottrina si veda E. CASSESE, *Le trasformazioni dell'autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza*, in CERADI- centro di ricerca per il diritto di impresa, 2004.

2 La Cass. Civ., Sez. III, 6 luglio 2020, n.13865 ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di stabilire se si possa formare il silenzio-assenso sulle istanze di successione/subentro nel diritto di godimento dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica e se l'interpretazione sistematica della giurisprudenza sia idonea a inibire la formazione dell'assenso per silentium al di là delle ipotesi indicate dall'art. 20, co. 4, l. n. 241 del 1990. Secondo la Sezione rimettente dovrebbe escludersi la regola del silenzio assenso nel caso in cui il provvedimento di assegnazione abbia natura concessoria e non di mera autorizzazione, come nel caso del subentro negli alloggi di edilizia popolare. Contrario T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 22 aprile 2011 n. 3542, che ha affermato l'operatività del silenzio-assenso in riferimento all'istanza di sanatoria per assegnazione di un alloggio E.R.P. Per un commento sulla questione si veda G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza*, in Riv. Giur. Edilizia, 2020, 864 ss.

3 La Direttiva espressamente definisce la concessione di servizi “nel contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

4 Tale profilo viene evidenziato dalla dottrina tra cui R.CHIEPPA R.GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2018, Milano, 431 ss. in commento alla CGUE, Sez.V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15. Si veda anche M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018.

5 Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2000 n. 5743; Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764 commentata da L.R. PERFETTI, «Diritto di insistenza» e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm. CDS*, fasc.2, 2003, 621 ss.

6 G. DI GIANDOMENICO, *Dematerialità marittima e subingresso nella concessione dei porti turistici*, in *Foro amm.*, 2004, 2354 ss.; M. ALESIO, *Il diritto di insistenza secondo la giurisprudenza amministrativa Opinioni non conformi su una "prelazione" atipica*, in *dir. e giust.*, 2003, 36 ss. nel commentare Cons. Stato 6764/2002 affermava che “la norma rafforzando senza dubbio la posizione del gestore contraente, venga a costituire la "matrice" originaria e genetica di un diritto di insistenza, avente un preciso contenuto minimo: l'obbligo della Pa di valutare una sua eventuale istanza di rinnovo; l'obbligo della Pa di non pretermettere, senza valide ragioni, il gestore attuale da futuri confronti concorrenziali”; A. MAESTRONI, *La concessione in uso dei beni del demanio marittimo*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2004, 280 ss. nota a Cons. Stato 1600/2003.

7 Si veda Cons.Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934; Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168 secondo cui “si deve rimarcare che in ogni caso l'obbligo di dare corpo a forme idonee di pubblicità deriva in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione Europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne, in guisa da tenere in non cale disposizioni interne di segno opposto”. Cons. Stato, Sez.VI, 31 gennaio 2017, n. 394 ai fini della concessione di uno spazio acqueo occupato da un barcone richiede una procedura competitiva e l'applicazione dei principi propri degli appalti pubblici. In tal senso anche Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3642; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4911.

8 La legge prevedeva che “Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in

base alla legge 5 maggio 2009, n.42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n.131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020 (...)"

9C.Cost. 29 gennaio 2021, n.10; l'obbligo di gara in materia di concessione è stato riconosciuto anche da Cass. Civ., Sez. II, 25 gennaio 2021, n.1435 secondo cui "la presenza di un giudicato che abbia superato il blocco sine die delle concessioni demaniali, non preclude un nuovo diniego all'istanza di rilascio giustificato appunto dalla necessità di indire una gara per l'assegnazione del bene. Tale provvedimento è espressione di un potere amministrativo che, sia pure in sede di riedizione, interviene su spazi non coperti dagli effetti conformativi del giudicato, in quanto fondato sulla diversa questione della modalità di assegnazione dell'area e dell'obbligo di procedure competitive ai fini del rilascio di nuove concessioni, sulla quale spetta al giudice della cognizione pronunciarsi". Con riferimento alla proroga o al rinnovo automatico, da parte del legislatore regionale, delle concessioni demaniali marittime, si veda C.Cost., 9 gennaio 2019 n. 1, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2 e 3, e dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria 10 novembre 2017, n. 26 per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia della tutela della concorrenza. Si veda altresì C.Cost., 5 dicembre 2018 n. 221; C.Cost., 25 giugno 2015, n. 117.

10Si fa qui riferimento all'esistenza di un provvedimento espresso, escludendosi che il rinnovo automatico della concessione demaniale marittima, provocato dalle norme di legge succedutesi nel tempo, integri un provvedimento amministrativo a formazione tacita né abiliti l'ente ad adottare un provvedimento amministrativo a portata costitutiva. Sull'esclusione di un provvedimento tacito si veda Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2018 n. 3412. In dottrina la questione è stata ricostruita da F. ARMENANTE, La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 2020, 261 ss. che ha sottolineato che "in un ordinamento ispirato al principio di legalità, non può essere qualificato come provvedimento, ancorché tacito, un mero contegno di fatto non riconoscibile come espressione del potere amministrativo".

11Contrario alla tesi dell'annullabilità Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011 n. 1983 secondo cui i provvedimenti adottati, in adempimento delle norme che hanno previsto la proroga automatica delle concessioni, dovrebbero considerarsi tamquam non essent— quindi nulli — per essere stati adottati in assenza di potere, ai sensi dell'art. 21-septies, {[#160](https://URL); V. CERULLI IRELLI, Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2014, 657 ss. e C.FELIZIANI, Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il punto di vista della Corte di Giustizia, in Foro amm. CDS, 2012, 3102 ss.

12Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n.7874 afferma che " la tesi prevalente in giurisprudenza, allo stato e condivisa dal Collegio, tende ad affermare che il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario non va considerato nullo, ai sensi dell'art. 21-septies l. 241/1990 per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'amministrazione procedente, sebbene alla medesima amministrazione, per quanto si è sopra riferito, è fatto carico dell'obbligo di non applicare la norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario, in particolar modo quando tale contrasto sia stato sancito in una sentenza della Corte di giustizia UE. Per effetto di tale prevalente orientamento, quindi, la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo". Conforme la Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538.

13In senso conforme Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538. La tesi appare confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare dalla sentenza Finanzamt Gladbeck del 17 febbraio 2005, C-453/02.

14Si veda sul punto S.AGUSTO, Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle

concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, 625 ss., il quale ritiene che “qualora l'amministrazione non si conformi direttamente al diritto europeo in occasione dell'adozione del provvedimento, potrebbe esercitare in un secondo momento il potere di autotutela”.

15CGUE, 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz, C-453/00

16Cass. Pen., Sez. III, 06 marzo 2019, n.25993 accoglie la tesi della procura ricorrente affermando la sussistenza del *fumus del reato* in questione in base all'insussistenza di una valida concessione al momento delle contestazioni penali, nonché alla necessaria disapplicazione della disciplina interna in tema di proroga delle concessioni esistenti. Per un commento si veda P. CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto UE sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime* in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2019, 1410 ss. Sulla configurabilità del reato alla scadenza della proroga si veda Cass. Pen., Sez. III, 16 settembre 2020, n.29105. Da ultimo la Cass. Pen., Sez. III, 16 settembre 2020, n.29105 ha ribadito che “la concessione balneare scaduta entro il 31 dicembre 2007 non poteva essere oggetto di rinnovo automatico, in quanto tale meccanismo è in contrasto con la direttiva self-executing “Bolkenstein”, detta anche “direttiva servizi”, ed è quindi da considerarsi inesistente. In considerazione di tale inesistenza, una tale concessione non può rientrare tra quelle prorogate prima fino al dicembre 2015, poi fino al dicembre 2020, in base al DI 194/2009 più volte modificato”.

17Sul punto si veda TAR Venezia 635/2020 che rispetto alla presunta occupazione e utilizzo senza titolo del bene demaniale oggetto di concessione, prorogata in via automatica dal legislatore, non ha accolto la richiesta avanzata dall'Agenzia del Demanio evidenziando che l'affidamento seppur illegittimo ad ogni modo incolpevolmente riposto dalla società concessionaria nella normativa statale che ha disposto sino al 2033 la proroga delle concessioni demaniali marittime. “Risulta contrario a buona fede il comportamento dell'amministrazione statale che, a giustificazione della propria richiesta risarcitoria, invoca una condotta, asseritamente illegittima della concessionaria, la quale risulta tuttavia fondata su un atto normativo adottato dallo Stato”.

18Attuale il dibattito sulla natura dell'affidamento e sulla distinzione tra affidamento legittimo e incolpevole ai fini del riparto di giurisdizione. Si veda sul punto C. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2020, ordinanza n. 19677 che sulla base delle ordinanze 6594, 6595, 6596 del 2011 ritiene che in materia di affidamento incolpevole sia competente il giudice ordinario. Conformi C. <https://www.cortecassazione.it/decisioni/ordinanze/2020/09/24/ordinanza-n-19677-2020> Sulla giurisdizione del giudice amministrativo si rintraccia una recente e contraria sentenza di merito Tar Palermo, sez. I, 16 marzo 2021, n. 875, che ha affermato che “risarcimento del danno per violazione dei principi di correttezza comportamentale va valutato complessivamente l'agire amministrativo, che, nelle fasi dell'adozione dell'atto ampliativo illegittimo e della decisione legittima di annullarlo in autotutela, è di tipo pubblicistico e si traduce nell'adozione di provvedimenti amministrativi di primo e secondo grado, a fronte del quale si configurano interessi legittimi, la cui cognizione, in caso di impugnazione, spetta al giudice amministrativo, in quanto l'affidamento del privato alla stabilità degli effetti di un atto illegittimo ritirato è strettamente connesso all'esercizio del potere amministrativo”.

19C.Cost., 27 maggio 2020, n.100 afferma che “Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, censurato per violazione dell'art. 76 Cost., nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento in house, delle ragioni del mancato ricorso al mercato. La ratio del divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie.. è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato... la norma delegata è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto e la specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la ratio ed è coerente con il quadro normativo di riferimento”.

20Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n.5157 ammette la deroga al principio di concorrenza nel caso di specie stante la “presenza di esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale”, segnatamente l'interesse alla salvaguardia del valore storico identitario dei locali interessati dalle istanze di rinnovo commentata da A. GIANNELLI, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”*: dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2019, 174 ss. La sentenza aveva ad oggetto la concessione di alcuni immobili in cui sono “ospitati” alcuni locali storici presenti nella Galleria di Milano. Per un commento al rinvio pregiudiziale C-67/2015 si veda M.MAGRI, «DIRETTIVA BOLKESTEIN» E LEGITTIMO AFFIDAMENTO DELL'IMPRESA TURISTICO BALNEARE: VERSO UNA IMPORTANTE DECISIONE DELLA CORTE DI

GIUSTIZIA U.E., in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 2016, 359 ss.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6845>