

ECC.MO T.A.R. TOSCANA – FIRENZE

RICORSO

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

nell'interesse dell'**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** («**Autorità**» o «**AGCM**»), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Piazza G. Verdi 6/A - 00198 Roma, C.F. e P.IVA 97076950589, rappresentata e difesa, come deliberato in data 21 marzo 2024, dal prof. avv. Francesco Munari (C.F. MNRFNC62R01D969M, fax 010.580161, p.e.c. francesco.munari@legalmail.it), in forza di mandato congiunto telematicamente al presente atto. Il suddetto difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria relative al presente giudizio al numero di fax 010.580161 e all'indirizzo p.e.c. sopra indicato, presso cui è da intendersi eletto domicilio digitale, e indica – ove occorra – quale domicilio fisico la Segreteria di codesto ecc.mo TAR in Firenze, via Ricasoli 40,

contro

il **Comune di Forte dei Marmi** («**Comune**»), in persona del Sindaco *pro tempore*, C.F. 00138080460, con sede in Piazza Dante, 1 - 55042 Forte dei Marmi (LU),

e nei confronti di

Graziella di Polacci Minuccio & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, C.F. e P.IVA 00211470463, con sede in Via Arenile, 17 – 55042 Forte dei Marmi (LU),

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta comunale n. 461 del 28 dicembre 2023, avente ad oggetto «*concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Approvazione, ai sensi degli artt. 48 e 107, t.u.e.l., delle linee di indirizzo con riferimento all'art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 ("legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021").*» («**Delibera**», **doc. 1**);
- ove occorra, della nota del Comune di Forte dei Marmi reg. ufficiale 0017688 del

29 aprile 2024, recante «*Parere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Risposta.*» («**Nota**», **doc. 2**);

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

* * *

1. Con il presente ricorso l’AGCM agisce ai sensi dell’art. 21-*bis* della l. n. 287/1990 per l’impugnazione della Delibera, la quale dispone una illegittima proroga automatica delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative almeno sino al 31 dicembre 2024, in violazione di norme e principi di derivazione euro-unitaria e aventi applicazione diretta nel nostro ordinamento, come ormai pacificamente riconosciuto da consolidata giurisprudenza sia della Corte di Giustizia, sia dei Giudici nazionali.

I. I fatti alla base del presente giudizio

2. Il presente ricorso è coerente con i numerosi interventi che l’esponente Autorità ha, negli anni, promosso in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, al fine di censurare le violazioni delle norme e dei principi della concorrenza da tempo determinate da proroghe automatiche e ingiustificate delle concessioni in essere o, comunque, da atti amministrativi volti a impedire e/o a ritardare ingiustificatamente l’avvio di procedure aperte, trasparenti e concorrenziali per l’assegnazione di nuove concessioni.
3. Com’è noto, in forza di obblighi scaturenti dal diritto UE, l’assegnazione a soggetti privati di beni pubblici (quali, appunto, le aree del demanio marittimo) al fine di consentirne lo sfruttamento economico, deve infatti seguire i principi scaturenti dagli articoli 49 e 56 TFUE, nonché della direttiva n. 2006/123 («**Direttiva Servizi**», più comunemente nota come *Bolkestein*), recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 59/2010.

I.1. L’impugnata Delibera adottata dal Comune

4. In data 28 dicembre 2023 il Comune di Forte dei Marmi ha adottato l'impugnata Delibera, una volta preso atto di non essere nelle condizioni di finalizzare, entro il 31 dicembre 2023, le procedure ad evidenza pubblica necessarie per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo nell'ambito territoriale di propria competenza.
5. Come anticipato, la Delibera si è limitata a *«estendere, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3, comma 3, L. n. 118/2022 nella versione originaria, al **31 dicembre 2024** l'efficacia delle concessioni demaniali marittime, in attesa che venga approvata una disciplina normativa nazionale che, nel caso in cui la risorsa naturale risulti non scarsa, stabilisca che, nel pieno rispetto del diritto eurounitario, non sussiste l'obbligo di assegnazione delle concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica oppure, nel caso in cui la risorsa naturale risulti scarsa, fissi criteri e direttive uniformi che i comuni dovranno seguire nelle conseguenti procedure selettive ad evidenza pubblica,»* (cfr. p. 13 della Delibera, enfasi originale)
6. A quanto si legge nella parte motivazionale del provvedimento impugnato, il Comune ha ritenuto di essere *«oggettivamente e giuridicamente impossibilitato»* a procedere all'esperimento delle procedure ad evidenza pubblica necessarie al fine del rilascio di nuovi titoli concessori, e ciò in ragione delle seguenti, e meramente asserite, *«ragioni oggettive»*:
 - a) pendenza, innanzi al TAR Toscana e alla Corte di Appello di Firenze, di alcuni contenziosi relativi alle concessioni demaniali marittime;
 - b) scadenza, al 31 dicembre 2023, del Piano Attuativo degli Arenili (**«PUA»**), con conseguente avvio dell'*«iter per la formazione di un nuovo Piano Attuativo per le aree ricadenti nell'arenile, che, all'evidenza, potrà influire significativamente sulla possibilità di rilascio di titoli concessori demaniali;»*.
 - c) *«assenza di criteri uniformi a livello nazionale per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente da parte del concessionario subentrante [indennizzo previsto dall'art. 4, comma 2, lett. i), L. n. 118/2022] e la contemporanea vigenza di una disposizione normativa (l'art. 49, cod. nav.), secondo la quale, salvo*

che non sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso (c.d. incameramento)»;

- d) *la mancata attuazione, da parte del Governo, delle delega prevista dall'art. 4, comma 2, lett. c), della l. n. 118/2022 in merito alla fissazione dei «criteri che, in sede di procedure di affidamento, consentano alle amministrazioni concedenti di tenere in adeguata ed equa considerazione gli investimenti, il valore aziendale dell'impresa ed i beni materiali e immateriali»;*
- e) *«necessità di dotare e formare adeguatamente i competenti uffici comunali»;*
- f) *«difficoltà nel procedimento di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, attesa la necessità di acquisire preventivamente una pluralità di atti e pareri da parte di diversi enti/ amministrazioni in relazione alle opere ed ai progetti proposti»;*
- g) *l'asserita «circostanza che, a fronte di obiettive ragioni che impediscono l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica entro il 31 dicembre 2023, risulterebbe manifestamente contrario all'interesse pubblico permettere che, dal 1° gennaio 2024, i beni demaniali oggi in concessione siano lasciati inutilizzati, con la conseguente inaccettabile assenza di strutture sul territorio idonee a soddisfare specifici segmenti della domanda turistica ed inevitabili gravissime ripercussioni sul turismo in generale e sull'economia locale in particolare...»;*
- h) *«ulteriori problematiche» individuate (i) nell'asserita incertezza circa «la possibilità o meno di convivenza di alcuni istituti previsti dal vigente codice della navigazione (in particolare, l'affidamento ad altri delle attività oggetto della concessione di cui all'art. 45-bis, cod. nav., ed il subingresso di cui all'art. 46, cod. nav.) con le regole ed i principi delle espletande procedure ad evidenza pubblica»; (ii) nella altrettanto asserita necessità, quanto alla «durata delle concessioni», di «un intervento che uniformi la disciplina a livello nazionale, fissando -ad esempio- un limite massimo temporale di durata delle concessioni».*

I.2. L'avvio della procedura ex art. 21-bis l. n. 287/1990 e i contenuti del parere reso dall'esponente Autorità

7. La Delibera veniva segnalata all'Autorità, che valutava i suoi contenuti nell'adunanza del 27 febbraio 2024, in occasione della quale riscontrava gli evidenti profili incompatibilità della stessa con le norme di diritto europeo a tutela della concorrenza, nonché con le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi previste dal TFUE, e pertanto deliberava di esprimere un parere motivato ai sensi dell'art. 21-bis l. n. 287/1990, sottoscritto in data 29 febbraio 2024 e in pari data notificato al Comune («**Parere**», **doc. 3**).
8. Il Parere contestava il fondamento e le ragioni giustificative della Delibera, ribadendo le ragioni di diritto in forza delle quali il riconoscimento di proroghe automatiche e ingiustificate delle concessioni demaniali marittime in essere (i) configura una violazione dei *«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 (ii) *«favorisce gli effetti distortivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari»* (cfr. pp. 3 e 4 del Parere). Si tratta di principi da tempo sanciti anche nella prassi dell'Autorità, la quale ha sempre invocato l'applicazione dei *«principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità»* nelle procedure di selezione di concessionari di beni pubblici quali le aree del demanio marittimo.
9. Inoltre, il Parere individuava i principali profili di illegittimità della Delibera, la quale, in estrema sintesi (pp. 9-10),
 - a) pretende di ritenere applicabile l'ulteriore anno di proroga previsto nella formulazione originaria dell'art. 3, comma 3, l. n. 118/2022, pur non sussistendone i presupposti. Infatti, tale norma *«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» (cfr. pp. 6-7 del Parere). Tali circostanze eccezionali non risultano sussistere nel caso di specie, non avendo il Comune nemmeno avviato alcuna procedura competitiva (v. anche *infra* i §§ 25 e ss.);*

- b) assume che l'applicazione dell'art. 12 della Direttiva Servizi debba essere *«condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale»*, generando così *«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» (ibid.)*. Infatti, nell'ottica di giustificare il proprio immobilismo, il Comune ha fatto riferimento a un argomento, quello della asserita necessità di ulteriore approfondimento in merito alla “scarsità della risorsa”, sul quale è tuttavia già intervenuta la giurisprudenza amministrativa, ribadendo ancora da ultimo come ***«la risorsa è sicuramente scarsa, come questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella medesima pronuncia dell'Adunanza plenaria sopra citata, e la presenza o l'assenza dell'interesse transfrontaliero non dipende certo dalla mera – peraltro solo affermata – limitata rilevanza economica della concessione»*** (cfr. la sentenza Cons. Stato, 30 aprile 2024, n. 3940, che si pone tra l'altro in linea anche con quanto statuito dalla Commissione europea con il parere motivato del 16 novembre 2023, reso nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118, **doc. 4**). Pertanto, su questo specifico punto, il Parere ha concluso che *«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» (cfr. p. 7 del Parere e, *infra*, i §§ 33 e ss.);

- c) invoca, a sostegno della proroga automatica riconosciuta ai concessionari, l'asserita *«assenza di una normativa interna di riordino della materia»*. Sul punto, il Parere ha affermato in tutta chiarezza che *«i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara s[o]no stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi»* (cfr. p. 8 del Parere e, *infra*, i §§ 38 e ss.);
- d) indica quali ulteriori elementi giustificativi della proroga annuale riconosciuta (i) *«l'esistenza di un contenzioso tra il Comune e alcuni operatori privati»*, (ii) *«il mancato avvio dell'iter volto alla formazione di un nuovo Piano Attuativo dell'Arenile (essendo il precedente decaduto al 31 dicembre 2023)»*; (iii) *«l'assenza di personale qualificato nel Comune e le difficoltà connesse alla valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico»*; (iv) la necessità di attendere la finalizzazione delle procedure di incameramento, ai sensi dell'art. 49 cod.nav., delle opere realizzate sul demanio dai concessionari demaniali cd. *incumbent*; (v) asserite problematiche inerenti alla convivenza di alcuni istituti del cod.nav. (ad esempio, quelli previsti agli artt. 45-*bis* e 46) con le regole e i principi delle procedure ad evidenza pubblica. Il Parere ha illustrato le ragioni per cui nessuno di questi argomenti può trovare condivisione, individuandole
- i.* quanto al contenzioso asseritamente esistente tra Comune e concessionari, nel fatto che esso *«riguarda solo una parte delle concessioni esistenti nel Comune»* e che, quindi, *«ben avrebbe potuto quest'ultimo indire le procedure selettive per l'assegnazione delle concessioni per le quali non è pendente un contenzioso»* (cfr. ancora p. 8 del Parere e, *infra*, il § 45);
- ii.* alla quanto alla recente decadenza del Piano di Utilizzazione dell'Arenile (**PUA**), nel fatto che *«il Comune ben avrebbe potuto indire*

le gare nelle more della revisione del Piano [stesso], tenuto conto anche della tempistica di approvazione dello stesso» (ibid. e, infra, i §§ 46 e ss.);

- iii.* quanto all'asserita assenza di personale qualificato all'interno del Comune e alla complessità delle valutazioni delle offerte di gara, nel fatto che si tratta di «*questioni di carattere generale organizzativo e gestionale interne al Comune che avrebbero potuto essere risolte sulla base dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa*» (ibid. e nuovamente, *infra*, i §§ 46 e ss.);
- iv.* quanto alla asserita necessità di attendere la conclusione delle procedure *ex art. 49 cod.nav.*, nella circostanza per cui tale norma «*disciplina ... situazioni in cui, essendo venuta meno la concessione, lo Stato si attiva per acquisire le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale*», con la conseguenza che essa «*non impatta sulle procedure ad evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere e che potrebbero, peraltro, prevedere il riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente*» (ibid. e, *infra*, i §§ 48 e ss.);
- v.* quanto, infine, al riferimento compiuto alle norme che disciplinano ipotesi di subconcessione di attività e subingresso nelle concessioni, di cui rispettivamente agli artt. 45-bis e 46 *cod.nav.*, nel rilievo per cui si tratta di «*condizioni che possono venire in rilievo a seguito dell'affidamento in concessione e che sono subordinate all'autorizzazione che l'Autorità concedente discrezionalmente può decidere o meno di rilasciare a seguito dell'analisi della situazione specifica*» (v. p. 9 del Parere e, *infra*, i §§ 50 e ss.).

10. Sulla scorta di tali considerazioni, il Parere ha quindi concluso che «*il Comune di Forte dei Marmi avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 461, 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» ad evidenza pubblica al fine di rilasciare titoli concessori di efficacia certa sul demanio marittimo di propria competenza, in ciò ponendosi in linea con quanto da tempo confermato sia dalla Corte di Giustizia (si vedano le sentenze 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C67/15, *Promoimpresa*, ECLI:EU:C:2016:558 e 20 aprile 2023, C-348/2022, *AGCM/Comune di Ginosa*, ECLI:EU:C:2023:301), sia dal Consiglio di Stato (oltre alle note sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, si vedano *ex multis* le sentenze 1° marzo 2023, n. 2192; 27 dicembre 2023, n. 11200 e, più di recente, la già menzionata sentenza 30 aprile 2024, n. 3940).

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

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

12. Il Comune ha riscontrato il Parere solo in data 29 aprile 2024 e attraverso la presentazione della Nota, nell'ambito della quale ha ribadito la propria (illegittima) posizione, sulla base di argomenti apodittici, infondati e, per lo più, già oggetto di valutazione da parte dell'Autorità nell'ambito del Parere, quali:
 - a) asserita *«possibilità per l'Autorità concedente, in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023 (connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso od a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa) di differire, con atto motivato, il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024»*;
 - b) altrettanto asserito *«divieto, per gli enti concedenti, di procedere all'emanazione dei*

bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti relativi ai beni ed alle strutture con finalità turistico-ricreative e sportive fino all'adozione dei decreti legislativi di cui all'art. 4, comma 1, legge n. 118/2022»;

- c) *«mancanza di un Piano attuativo degli arenili ... oltre al divieto, imposto agli enti concedenti, di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti relativi ai beni ed alle strutture con finalità turistico-ricreative e sportive fino all'adozione dei decreti legislativi previsti dall'art. 4, comma 1, legge n. 118/2022»;*
- d) *«disposizioni normative e orientamenti giurisprudenziali diversi, spesso contrastanti tra loro e che risultano in continua (anche di recente) sovrapposizione»;*
- e) *«necessità di formare adeguatamente i competenti uffici per districarsi tra le innumerevoli disposizioni legislative e giurisprudenziali spesso contrastanti tra loro e che risultano in continua sovrapposizione».*

13. In tutta evidenza, quindi, il Comune non ha adempiuto all'invito formulato dall'Autorità a conclusione del Parere.

I.4. La delibera dell'Autorità di promuovere il presente ricorso

14. Preso atto dei contenuti della Nota, nell'adunanza del 7 maggio 2024 l'Autorità deliberava di proporre ricorso, ai sensi dell'art. 21-bis l. n. 287/1990, dinanzi a Codesto ecc.mo TAR.
15. Così, l'AGCM agisce in questa sede per l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe, i quali appaiono illegittimi per i seguenti motivi di

DIRITTO

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

16. Nell'ottica di inquadrare il perimetro dell'odierna azione giudiziaria, rammentiamo che il ricorso *ex art. 21-bis l. n. 287/1990* è lo strumento che l'ordinamento interno riconosce all'AGCM per ottenere l'annullamento di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti *«che violino le norme a tutela della*

concorrenza e del mercato». Secondo la giurisprudenza amministrativa, «*la legittimazione di AGCM “ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”, ai sensi dell’art. 21-bis, L. n. 287/1990, delinea un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione di tipo soggettivo, riferito ad un’Autorità pubblica e operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*» (cfr. Cons. Stato, 1 marzo 2023, n. 2192).

17. Si tratta di potere attribuito *ex lege* all’Autorità, che ne rafforza i poteri consentendo di incidere nel modo più efficace possibile sulla concreta applicazione dei principi di concorrenzialità e di apertura dei mercati, la cui tutela costituisce la *mission* istituzionale dell’esponente.
18. Nel caso di specie, è evidente che la Delibera viola i principi di trasparenza, imparzialità, concorrenzialità e non discriminazione, di derivazione euro-unitaria (v. l’art. 49 e ss. TFUE nonché il menzionato art. 12 della Direttiva Servizi) e caratterizzati da applicazione diretta nel nostro ordinamento, determinando altresì un’ingiustificata restrizione della concorrenza nella materia in questione, ciò legittimando l’azione promossa in questa sede.

II. Nel merito: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 49 e 56 TFUE e ss., dell’art. 12 della Direttiva Servizi, anche come recepita nell’ordinamento italiano dal d.lgs. n. 59/2010, e della l. n. 118/2022. Violazione dell’art. 1 della l. n. 241/1990 nella parte in cui individua i principi di diritto UE tra quelli che devono uniformare l’attività della P.A. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà e irragionevolezza manifesta. Violazione dei principi di imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza dell’agire amministrativo. Violazione delle norme e principi concorrenziali.

19. Attraverso la generalizzata proroga al 31 dicembre 2024 di tutte le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo riconosciuta dalla Delibera, il

Comune ha innanzitutto violato norme e principi di diritto euro-unitario di diretta applicazione nel nostro ordinamento e idonei a favorire la concorrenza. Si tratta, in particolare, (i) delle norme istitutive delle libertà fondamentali di stabilimento *ex art. 49 TFUE* e di prestazione dei servizi *ex art. 56 TFUE*; (ii) del già menzionato art. 12 della Direttiva Servizi, secondo il quale «1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami» (enfasi nostra).

20. Tali disposizioni si pongono in evidente ed insanabile contrasto con il riconoscimento di proroghe automatiche e generalizzate della data di scadenza di concessioni demaniali marittime turistico-ricreative e, al contempo, richiedono alle Amministrazioni degli Stati membri l'espletamento di procedure selettive trasparenti e concorrenziali per la selezione dei concessionari, secondo i modelli procedimentali previsti dall'ordinamento interno.
21. Questi principi hanno trovato unanime riconoscimento da parte della Corte di Giustizia (si vedano ancora le menzionate sentenze *Promoimpresa* e *AGCM c. Comune di Ginosa*) e, nell'ambito della giurisprudenza nazionale, della Corte costituzionale (sentenze 20 maggio 2010, n. 180; 26 novembre 2010, 340; 4 luglio 2013, n. 171; 9 gennaio 2019, n. 1 e 29 gennaio 2021, n. 10), della Corte di Cassazione (sentenze Cass. pen. 12 giugno 2019, n. 25993 e 7 febbraio 2020, n. 10218) e del Consiglio di Stato (oltre alle menzionate sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, si vedano, *ex multis*, le sentenze 18 novembre 2019, n. 7874; 25 agosto 2021, n. 6034; 18 aprile 2023, n. 3901 e 28 agosto 2023, n. 7992 e, da ultimo in due giudizi instaurati

proprio dall'esponente Autorità ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481).

22. Tutte le pronunce in questione hanno ribadito (i) la generale contrarietà al diritto UE delle norme di legge nazionale che, negli anni, avevano riconosciuto proroghe automatiche della scadenza delle concessioni in essere (da ultimo, i commi nn. 682 e 683 della l. n. 145/2018) e, quindi, (ii) il conseguente onere delle Amministrazioni e dei Giudici amministrativi di disapplicarle.
23. Di qui l'illegittimità della Delibera in quanto genera una violazione di tali, ormai pacifiche, regole.
24. Non solo. La Delibera contrasta anche con le disposizioni di diritto interno che hanno dato esecuzione proprio alle statuizioni rese dall'Adunanza Plenaria nelle menzionate sentenze “gemelle” del 2021 e, in particolare,
 - a) con l'art. 3, commi 1 e 5, della l. n. 118/2022 (*«legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021»*), che ha confermato l'efficacia fino al 31 dicembre 2023¹ delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo ancora in essere sulla sola base di proroghe *ex lege*, abrogando per il resto integralmente tutte le disposizioni di legge già ritenute incompatibili con il diritto UE da parte dell'Adunanza Plenaria;
 - b) con l'art. 3, comma 3, della stessa l. n. 118/2022, il quale ha previsto la possibilità per le Amministrazioni competenti di differire ulteriormente la data di scadenza di tali concessioni, ma solo *«per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024»*², in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione delle

¹ Rispetto a tale termine, l'ulteriore estensione annuale prevista dalla novella attuata con d.l. n. 198 e dalla relativa legge di conversione n. 14/2023 è stata ritenuta *«in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE»*, con la conseguenza che essa *«va conseguentemente disapplicata da qualunque organo dello Stato»* (cfr. il menzionato Cons. Stato n. 2192/2023).

² V. *supra* la nota n. 1.

adottando procedure selettive entro il menzionato termine del 31 dicembre 2023.

25. Ne consegue che, come già evidenziato nel Parere, il Comune non può legittimare l'estensione della durata delle concessioni in essere per un ulteriore anno facendo riferimento all'art. 3, comma 3, della l. n. 118/2022 (v. p. 9 della Delibera), senza aver prima avviato alcuna procedura competitiva (o, quanto meno, avere individuato sia la disciplina in forza della quale tali procedure saranno esperite, sia le tempistiche rilevanti ai fini del loro avvio e del rilascio dei titoli concessori) e/o avere specificamente indicato le ragioni oggettive che il Comune ritiene idonee a giustificare il loro rinvio.
26. Tra l'altro, la natura derogatoria della proroga rispetto alla regola generale di cui all'art. 3, comma 1, della l. n. 118/2022, ne comporta l'obbligo di interpretazione restrittiva. Quindi, solo a seguito di un rigoroso accertamento in merito alla presenza delle circostanze appena menzionate è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito di un ulteriore anno, o meglio solo per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure rilevanti (sul punto si veda anche p.6 del Parere) Il che è stato oggetto di recentissima conferma da parte del Consiglio di Stato, il quale ha affermato che «*[s]i può ritenere compatibile con il diritto dell'Unione **la sola proroga "tecnica" – funzionale allo svolgimento della gara – prevista dall'art. 3, commi 1 e 3, della l. n. 118 del 2022 nella sua originaria formulazione, prima delle modifiche dei termini apportate dal d.l. n. 198 del 2022** ...[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 indirizzo in tal senso**» (cfr. il § 57 della menzionata sentenza n. 4480/2023, enfasi nostra).*

27. Le considerazioni che precedono fanno quindi riferimento all'orizzonte temporale (31 dicembre 2023) originariamente previsto dall'art. 3, comma 1, della l. n. 118/2022, come del resto indicato nella stessa Delibera.
28. Ciò posto, e per mero scrupolo difensivo, osserviamo che la proroga annuale delle concessioni riconosciuta dalla Delibera non può ritenersi giustificata nemmeno dalla vigente formulazione di tale norma, come modificata dal d.l. n. 198 e dalla relativa legge di conversione n. 14/2023.
29. Come evidenziato anche *supra* alla nota n. 1, infatti, sull'ulteriore anno di "proroga" riconosciuto dal d.l. n. 198/2022 si è immediatamente pronunciato lo stesso Consiglio di Stato, il quale ha ribadito che *«anche la nuova norma contenuta ... nel 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»* (cfr. ancora la sentenza Cons. Stato n. 2192/2023, sul punto confermata anche dalle recentissime sentenze nn. 3940, 4480 e 4481/2024).
30. Insomma, per richiamare le parole utilizzate dall'Autorità nel Parere, non v'è dubbio che, nel caso di specie, *«il Comune di Forte dei Marmi avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 461, 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.»*.
31. Ne consegue la violazione, da parte del Comune, dei precetti concorrenziali alla base del ricorso e, in via assorbente, l'illegittimità della Delibera per i vizi indicati in rubrica.
32. Ciò posto, già in sede di Parere l'Autorità aveva evidenziato come nessuna delle altre considerazioni espresse nella parte motivazionale della Delibera (e quindi apoditticamente riproposte dal Comune nella più recente Nota)

avrebbe mai potuto giustificare l'estensione, automatica e ingiustificata, della durata delle concessioni demaniali nel Comune di Forte dei Marmi.

33. In primo luogo, non sono condivisibili gli argomenti menzionati nelle conclusioni della Delibera, secondo cui, in estrema sintesi, l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi sarebbe “condizionata” all'accertamento, da parte dello Stato italiano, della scarsità della risorsa naturale.
34. Come già evidenziato in sede di Parere, tale interpretazione si traduce in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto euro-unitario ed è in palese contrasto con il diritto UE dei Trattati, con la natura *self-executing* del predetto articolo 12 e con la normativa italiana che vi ha dato attuazione.
35. Quanto precede è già stato oggetto di chiare statuizioni da parte della Corte di Giustizia nella sentenza relativa al Comune di Ginosà (v. i §§ 46-48 e 66-69), dalla Commissione nel già menzionato parere del 16 novembre 2023 (v. p. 20, ove si legge che «*i risultati dei lavori del “Tavolo tecnico” non siano idonei a dimostrare che su tutto il territorio italiano non vi è scarsità di risorse naturali oggetto di ‘concessioni balneari’*»), e – in tutta chiarezza – dal Consiglio di Stato nella menzionata sentenza n. 3940/2024, ove tra l'altro è affermato plasticamente che «**la risorsa è sicuramente scarsa**, come questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella medesima pronuncia dell'Adunanza plenaria sopra citata, e la presenza o l'assenza dell'interesse transfrontaliero non dipende certo dalla mera – peraltro solo affermata – limitata rilevanza economica della concessione» (in termini, si veda poi nuovamente la sentenza n. 4480/2024, nella quale si legge che «*[i]n assenza di risultati, ancorché parziali e provvisori, che dimostrino in modo serio e attendibile, tanto a livello nazionale che a livello locale, che le concessioni non siano una risorsa scarsa, secondo i criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati, indicati dalla Corte, e in forza di una valutazione che deve essere anzitutto necessariamente qualitativa della risorsa, questo Consiglio di Stato, a cui compete nell'ordinamento italiano il controllo giurisdizionale sulla valutazione della scarsità delle risorse ...non può che riaffermare, **allo stato, la sicura scarsità***»).

della risorsa ... dovendo concordarsi con quelle tesi secondo cui, **ove all'operazione di mappatura fosse associata la finalità di eludere l'assoggettamento alle procedure competitive ad evidenza pubblica, si riesumerebbe un diritto di insistenza per gli attuali concessionari, non più esistente, come si dirà, nemmeno nell'ordinamento interno**», enfasi nostra).

36. Per completezza, si richiama e si condivide anche quanto precisato dalla Commissione europea, e cioè che nella fattispecie è in ogni caso necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con il *dictum* della sentenza *Promoimpresa*. In tal senso, e come 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.
37. Tale conclusione si impone a maggior ragione nel caso di specie, se solo si considera la percentuale di stabilimenti balneari presenti nella Regione Toscana e l'alta attrattività turistica dei Comuni della Versilia e di Forte dei Marmi in particolare.
38. In secondo luogo, non pare persuasivo nemmeno l'argomento per cui la proroga automatica riconosciuta dalla Delibera sarebbe giustificata dalla insussistenza di una disciplina nazionale interna di riordino della materia (cfr. p. 8 della Delibera).
39. Sul punto, e nuovamente, l'Autorità ha già osservato in sede di Parere che i principi e i criteri che devono ispirare le procedure sono noti da tempo e, comunque, sono stati puntualmente indicati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli proprio dall'articolo 12 della Direttiva Servizi, e sono stati recepiti all'art. 4 della l. n. 118/2022.
40. Tanto che, nuovamente, nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* si legge che

«secondo una giurisprudenza costante della Corte, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni» (cfr. il § 77 di detta sentenza, enfasi nostra) e, al contempo, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che «[s]tante la necessità non più procrastinabile di procedere alle gare ... non sono solo le singole previsioni delle leggi regionali a poter fornire un'utile cornice normativa, ma soccorrono certamente per una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni, al fine di indirizzare nell'esercizio delle rispettive competenze l'attività amministrativa delle Regioni e dei Comuni, i principi e i criteri della delega di cui all'art. 4, comma 2 della l. n. 118 del 2022, anche se poi essi non hanno trovato attuazione essendo la delega scaduta senza esercizio» (cfr. il § 60 della menzionata sentenza Cons. Stato n. 4480/2024, enfasi nostra).

41. A fronte di tali statuizioni, pare davvero *extra ordinem* pretendere ancora oggi che l'art. 4 della l. n. 118/2022 frapponga ostacoli di alcun tipo alle Amministrazioni comunali di procedere all'attuazione degli obblighi imposti dal diritto UE.
42. Del resto, l'ipotesi di rinviare qualsiasi confronto competitivo a un (non meglio precisato) momento di adozione di criteri unitari e uniformi che consentano l'espletamento delle procedure richieste dal diritto nazionale e UE (v. p. 8 della Delibera), costituirebbe comunque un'opzione non consentita secondo una pacifica giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, a cui ha guardato da ultimo la Corte costituzionale evidenziando che «spetta solo alla Corte [di Giustizia], alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C 154/15, C 307/15 e C 308/15, *Gutiérrez Naranjo e altri*, punto 70; nello stesso senso, sentenze 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37; 28 settembre 1994, in causa

C-57/93, Vroege, punto 31; 2 febbraio 1988, in causa 309/85, Barra e altri, punto 13; 27 marzo 1980, in causa 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato, punto 18). E la Corte di giustizia può farlo esclusivamente «nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta», a garanzia della «parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento nei confronti di tale diritto», nonché nel rispetto degli «obblighi derivanti dal principio della certezza del diritto» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 marzo 2007, in causa C-292/04, Meilicke e altri, punto 37)» (cfr. Corte cost., sentenza 22 dicembre 2022, n. 263, enfasi nostra).

43. Tali considerazioni trovano anche conferma nel parere motivato della Commissione del 16 novembre 2023, ove si legge che *«adottando la legge 14/2023, il legislatore italiano riproduce le misure precedenti e mantiene la validità delle 'concessioni balneari' **in contrasto con il diritto dell'Unione**»*, con conseguente diffida allo Stato italiano (e, per esso, ai Comuni che dispongono del relativo potere) ad avviare quanto prima procedure pubbliche e trasparenti.
44. Tra l'altro, è singolare che lo stesso Comune non si avveda della circostanza secondo cui una sua inerzia è idonea a determinare non solo l'avvio della fase contenziosa della procedura di infrazione di cui è oggetto l'Italia proprio per la violazione delle norme qui dedotta, ma anche una responsabilità dello Stato, anche in termini risarcitori, che in definitiva graverebbe sul Comune ai sensi dell'art. 43 della l. n. 234/2012.
45. In terzo luogo, inconsistente appare l'argomento usato ai fini del riconoscimento dell'(illegittima) proroga, consistente nell'«esistenza di un contenzioso tra il Comune e alcuni operatori privati» (cfr. ancora p. 9 della Delibera): basti pensare alla pacifica giurisprudenza alla base dell'obbligo di bandire procedure concorrenziali, e alla stessa ammissione contenuta nella Delibera, secondo cui tali contenziosi riguardano solo alcune delle concessioni di cui trattasi.
46. In quarto luogo, non pare possano integrare alcuna ragione oggettiva ed eccezionale (i) il mancato avvio dell'iter volto alla formazione del nuovo PUA e (ii)

l'asserita assenza di personale qualificato nel Comune nonché le difficoltà connesse alla valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico.

47. Nuovamente, già nel Parere reso dall'esponente si era indicato che tali argomenti non potessero giustificare il differimento temporale delle concessioni in essere nel Comune, posto che (i) da un lato, l'Ente comunale – nonostante l'assenza di un PUA – avrebbe potuto indire le gare nelle more della revisione dello stesso, tenendo conto anche della relativa tempistica di approvazione; (ii) l'assenza di personale qualificato e la complessità delle valutazioni delle offerte di gara sono questioni relative a profili organizzativi e gestionali interni all'Amministrazione, come tali poco giustificabili alla luce di principi di valenza generale quali quelli di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.
48. In quinto luogo, nemmeno l'asserita necessità di attendere il compimento della procedura di incameramento avviata ai sensi dell'art. 49 cod.nav. costituisce un argomento idoneo a giustificare la proroga riconosciuta con la Delibera.
49. La norma disciplina, infatti, le situazioni in cui, essendo venuta meno una concessione demaniale marittima, lo Stato si attiva per acquisire al demanio le opere non amovibili (legittimamente) costruite sull'area oggetto di titolo concessorio e non impatta, quindi, in alcun modo, sulle procedure ad evidenza pubblica che il Comune è tenuto *ex lege* a svolgere per la nuova assegnazione dei beni di cui trattasi, nelle quali il tema dell'incameramento dei beni, ove stabilito dallo Stato, al più può incidere sull'ammontare del (futuro) canone demaniale, non certo giustificare un'occupazione illegittima del demanio.
50. Infine, in sesto e ultimo luogo, nemmeno le asserite “problematiche” inerenti alla convivenza di alcuni istituti del cod.nav. (in particolare, la subconcessione di attività e il subingresso ai sensi degli artt. 45-*bis* e 46) con le regole e i principi delle procedure ad evidenza pubblica, possono giustificare il differimento temporale delle concessioni.

51. Si tratta, palesemente, di questioni che non riguardano affatto la fase di affidamento del bene pubblico, bensì quella di gestione del singolo rapporto tra Comune e concessionario, nell'ambito della quale l'Amministrazione è chiamata ad esercitare i poteri discrezionali e autorizzativi che le sono riconosciuti dall'ordinamento.

P.Q.M.

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

CHIEDE

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

Con vittoria di spese e compensi di giudizio.

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

Si depositano in allegato:

1. Comune di Forte dei Marmi. Deliberazione della Giunta comunale n. 461 del 28 dicembre 2023;
2. Comune di Forte dei Marmi. Nota reg. ufficiale 0017688 del 29 aprile 2024;
3. AGCM. Parere ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990 «*relativo alla Deliberazione della Giunta del Comune di Forte dei Marmi del 28 dicembre 2023, n. 461, avente a oggetto "Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. approvazione, ai sensi degli artt. 48 e 107, T.U.E.L., delle linee di indirizzo con riferimento all'art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 ("legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021")*»»;
4. Commissione UE. Parere motivato del 16 novembre 2023, reso nell'ambito

della procedura di infrazione (2020)4118.

22 maggio 2024

Prof. Avv. Francesco Munari

MUNARI
FRANCESCO

Digitally signed by
MUNARI FRANCESCO
Date: 2024.05.22
17:18:54 +02'00'