

N. 06013/2025REG.PROV.COLL.
N. 07211/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7211 del 2022, proposto da
Comune di Bolzano, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Merini e Bianca Maria
Giudiceandrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia
e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandra Merini in
Bolzano, vicolo Gumer, 7;

contro

Lintner Bau S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore; Mirzaei
Fariborz, personalmente ed in qualità di titolare dell'impresa individuale
Talfer Imbiss Talvera di Mirzaei Fariborz; Javad Nikafshan, personalmente
ed in qualità di titolare dell'impresa individuale Basilico di Nikafshan Javad;
Boroumand Moradighaderi, personalmente ed in qualità di titolare
dell'omonima impresa individuale; Ahmad Labied Fallaha, personalmente
ed in qualità di titolare dell'omonima impresa individuale; Ilario Morghen,
personalmente ed in qualità di titolare dell'omonima impresa individuale;
Patrik Pichler, personalmente ed in qualità di titolare dell'omonima impresa

individuale; Jasnica Mitrovic, personalmente ed in qualità di titolare dell'impresa individuale SPERANZA di Mitrovic Jasnica; Sanja Milovanovic, personalmente ed in qualità di titolare dell'omonima impresa individuale; tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Elohim Rudolph-Ramirez e Hartmann Reichhalter, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi, 5;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione autonoma di Bolzano n. 00091/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, con proposizione di appello incidentale, di Lintner Bau S.r.l., Mirzaei Fariborz, Javad Nikafshan, Boroumand Moradighaderi, Ahmad Labied Fallaha, Ilario Morghen, Patrik Pichler, Jasnica Mitrovic e Sanja Milovanovic;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2025 il Cons. Stefano Lorenzo Vitale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Con ricorso proposto dinanzi al TRGA gli odierni appellati hanno chiesto l'annullamento delle concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica, rilasciate a loro favore dal Comune di Bolzano per l'esercizio dell'attività di ristoro in chioschi siti in diverse zone del territorio comunale, nella parte in cui la durata dei menzionati provvedimenti era stata determinata in tre anziché in dodici anni.

I privati ricorrenti in primo grado invocano l'applicazione dell'art. 181, comma 4 bis, del D.l. n. 34/2020, convertito dalla L. n. 77/2020, in base al

quale “[l]e concessioni di posteggio per l’esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020, se non già riassegnate ai sensi dell’intesa sancita in sede di Conferenza unificata il 5 luglio 2021, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 79 del 4 aprile 2013, nel rispetto del comma 4-bis dell’articolo 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, sono rinnovate per la durata di dodici anni, secondo linee guida adottate dal Ministero dello sviluppo economico e con modalità stabilite dalle regioni entro il 30 settembre 2020 [...]”.

La Provincia autonoma di Bolzano ha provveduto a recepire la suddetta disposizione statale introducendo l’art. 65, di analogo tenore, unicamente nell’ambito della L.p. n. 12/2019, che disciplina il commercio su suolo pubblico privo del servizio di somministrazione assistita.

Infatti, ai sensi dell’art. 1 della L.p. n. 12/2019, “1. La presente legge disciplina l’esercizio dell’attività commerciale in provincia di Bolzano. 2. Ai fini della presente legge costituiscono attività commerciale: [...] c) il commercio su aree pubbliche”, e, ai sensi dell’articolo 3, lettere k) e v), per commercio su aree pubbliche si intende l’ “attività di vendita al dettaglio e somministrazione di alimenti e bevande su aree pubbliche” “con esclusione del servizio assistito di somministrazione”.

Pertanto, con il provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado, la Provincia non ha concesso, agli esercenti muniti dell’autorizzazione abilitante al servizio ai tavoli, quali sono gli odierni appellanti incidentali, la proroga per il periodo di dodici anni previsto dalla legge statale.

II. Il primo giudice ha accolto il ricorso, valutando fondati il quarto e il quinto mezzo di gravame, con i quali gli originari ricorrenti lamentavano, da un lato, che i provvedimenti contestati sarebbero frutto di un palese travisamento o, quanto meno, di un patente difetto istruttorio e di motivazione, atteso che, sul piano fattuale, i ricorrenti non accompagnano la somministrazione degli alimenti con il servizio assistito ai tavoli, sicché non sarebbe applicabile, nei loro confronti, l’esclusione di cui all’art. 3, comma 1, lett. v), n. 2), del “Codice del commercio”; con conseguente

piana applicabilità del rinnovo dodicennale introdotto dalla normativa nazionale e provinciale sul sostegno all'economia in fase pandemica. Dall'altro che, a fronte del ritenuto (benché nei fatti non prestato) servizio assistito ai tavoli, il Comune avrebbe comunque dovuto disporre il rinnovo dodicennale delle concessioni di occupazione di suolo pubblico per i chioschi dei ricorrenti, vietando semmai solo lo svolgimento di detto servizio, ove incompatibile con la definizione di commercio su area pubblica ai sensi del combinato disposto delle disposizioni di cui all'art. 3, comma 1, lett. k) e v), n. 2), della L.P. n. 12/2019; o, almeno, avrebbe dovuto invitare gli interessati a rinunciare alla prestazione del servizio assistito.

Altresì, il primo giudice ha ritenuto che la normativa statale che prevede il rinnovo per dodici anni nemmeno si pone in contrasto con il diritto unionale. La presente fattispecie, ad avviso del TRGA, si differenzia da quella esaminata dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, relative al diverso tema delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreativa e, del resto, il comma 4-bis, introdotto dall'art. 1, comma 686, lett. b), della L. n. 145/2018, esclude le concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica dall'ambito applicativo dell'art. 16 del D.lgs. 59/2010, attuativo dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (di seguito "Direttiva servizi").

Il TRGA, ancora, ha assorbito la questione, anch'essa prospettata al quarto motivo di gravame, in ordine alla disparità di trattamento su più livelli degli odierni ricorrenti rispetto agli altri esercenti l'attività di commercio su area pubblica, con riferimento all'ambito nazionale, a quello provinciale e a quello comunale.

Inoltre, il primo giudice ha ritenuto irrilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. v), n. 2), e dell'art. 65 della L.p. n. 12/2019 per violazione dell'art. 9 dello Statuto speciale della Regione

Trentino – Alto Adige e degli artt. 117, comma 2, lettere e) e q), 3, 41 e 97 della Costituzione e ha valutato come non fondati gli argomenti di censura declinati al secondo e al terzo motivo di ricorso.

Infine, il TRGA ha dichiarato inammissibile la domanda di accertamento della durata dodicennale delle concessioni, posto che, pur trattandosi di un ricorso ascrivibile alla materia delle concessioni di beni pubblici, per la quale sussiste, a mente dell'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a., la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'azione proposta ha chiara natura impugnatoria. Altresì, il TRGA ha dichiarato inammissibile la domanda di condanna del Comune a rinnovare le concessioni di posteggio dei ricorrenti per dodici anni, ostandovi il disposto di cui all'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.

III. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe il Comune di Bolzano ha proposto appello principale affidato a due motivi.

Con il primo mezzo (*Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della Legge provinciale 2 dicembre 2019, n. 12. Erronea valutazione dei fatti. Erronea motivazione. Illogicità manifesta*), il Comune sostiene che la semplice titolarità della licenza di pubblico esercizio consente di per sé l'espletamento della somministrazione assistita e, pertanto, risulterebbe manifestamente illogico e contraddittorio ritenere necessaria l'indagine preventiva sull'effettivo utilizzo della licenza. L'esito positivo o negativo di tale indagine preventiva da parte dell'Ente sarebbe, infatti, assolutamente irrilevante, potendo l'esercente, anche immediatamente dopo ipotetici controlli negativi, legittimamente farne uso.

Con il secondo mezzo (*Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 e dell'art. 65 della Legge provinciale 2 dicembre 2019, n. 12. Violazione della Direttiva servizi 2006/123/CE, art. 2 e 3, e considerando da 10 a 27; nonché della Direttiva comunitaria 2014/23. Violazione del principio di parità e non discriminazione nell'accesso alle concessioni, costituente principio generale di derivazione comunitaria.*

Violazione delle disposizioni costituzionali ed eurocomunitarie poste a presidio della libertà di iniziativa economica e a tutela della concorrenza), il Comune contesta la sentenza laddove ha ritenuto che la normativa statale che prevede il rinnovo automatico delle concessioni non si ponga in contrasto con il diritto unionale. La difesa dell'appellante principale evidenzia che l'articolo 1, comma 686, della L. n. 145/2018 (c.d. L. Bilancio 2019), che esclude il settore del commercio dall'ambito di applicazione dell'art. 16 del D.lgs. n. 59/2010, era già stato oggetto di censura ad opera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con espresso richiamo alla pronuncia della Corte cost. n. 291/2012, che aveva dichiarato l'illegittimità di una normativa regionale che, al pari di quanto disposto dalla suddetta Legge di Bilancio 2019, escludeva il settore del commercio su aree pubbliche dall'ambito di applicazione dell'articolo 16 del D.lgs. n. 59/2010.

IV. Gli originari ricorrenti si sono costituiti per resistere all'appello principale ed hanno altresì articolato un appello incidentale affidato a cinque motivi.

Con il primo mezzo [*error in iudicando – Violazione dell'art. 9 dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige (L. cost. n. 1/1971) – violazione dell'art. 1, comma 2, dell'art. 27, co. 1, lett. a) e dell'art. 28, tutti D.lgs. n. 114/1998: la norma di cui all'art. 3, co. 1, lett. v) della L.P. n. 12/2019 impone criteri più restrittivi per quanto riguarda la somministrazione di alimenti e bevande su aree pubbliche rispetto a quanto previsto dall'art. 27, co. 1, lett. a) del D.lgs. n. 114/1998 – impugnazione per contraddittoria motivazione*], le parti private ripropongono il primo motivo del ricorso di prime cure, sostenendo l'illegittimità costituzionale della normativa provinciale di cui al combinato disposto delle lettere k) e v) del primo comma dell'art. 3 della L.p. n. 12/2019 in materia di commercio su aree pubbliche, in quanto eccessivamente restrittiva rispetto alla norma nazionale di cui all'art. 27, comma 1, lett. a), del D.lgs. n. 114/1998, che qualifica come commercio su area pubblica l'attività di

somministrazione di alimenti e bevande *tout court* senza restrizione alcuna, ivi rientrandovi, quindi, anche l'attività di servizio assistito di somministrazione, astrattamente esercitabile dagli odierni appellanti incidentali alla luce della loro titolarità di una licenza di pubblico esercizio. Di conseguenza, si configurerebbe una violazione di legge da parte del Comune di Bolzano, ben più grave e decisiva dell'eccesso di potere accertato dal primo giudice, posto che il rinnovo dodicennale dovrebbe essere riconosciuto, nell'esercizio di un potere vincolato, a tutti i titolari delle concessioni di posteggio.

Con il secondo motivo [*error in iudicando – Violazione, ovvero mancata applicazione dell'art. 181, co. 4-bis del D.L. n. 34/2020, così come convertito con Legge n. 77/2020 in collegamento con l'Allegato A di cui all'art. 1, co. 2 del DM del 25/11/2020 del Ministero dello Sviluppo economico, nonché dell'art. 2, co.1 dell'Allegato A della Delibera della Giunta provinciale n. 389/2021 – eccesso di potere per errata e/o contraddittoria motivazione, fatto valere anche quale violazione dell'art. 7 della L.P. n. 17/1993: il rinnovo dodicennale va applicato anche alle concessioni di occupazione di suolo pubblico dei ricorrenti*], gli appellanti incidentali invocano l'applicazione diretta alle loro concessioni di posteggio dell'art. 181, comma 4-bis, cit., in quanto, per la sua natura di norma emergenziale nel contesto pandemico determinato dal COVID-19, sarebbe espressione della competenza esclusiva del legislatore nazionale in materia di “profilassi internazionale” ex art. 117, comma 2, lett. q), Cost.

Con il terzo motivo (*error in iudicando – eccesso di potere sotto l'aspetto della disparità di trattamento – impugnazione per violazione del divieto di assorbimento di cui alla pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 5/2015*), gli appellanti incidentali ripropongono la censura, rimasta assorbita nella sentenza impugnata, relativa alla ritenuta disparità di trattamento con gli altri esercenti attività commerciali ai quali le concessioni di occupazione di suolo pubblico sono state rinnovate automaticamente per dodici anni.

Con il quarto motivo (*error in iudicando con riferimento all'istanza di esame della questione di legittimità costituzionale*), viene riproposta la questione di legittimità costituzionale in merito alla L.p. n. 12/2019, con particolare riferimento all'art. 3, comma 2, lett. v), n. 2, nonché all'art. 65 per violazione degli artt. 3, 41, 97, 117, comma 2, lett. q) ed e), Cost. e 49 e 56 TFUE, non trattata dal giudice di prime cure. Ad avviso degli appellanti incidentali, la normativa provinciale è illegittima nella parte in cui esclude dalla proroga di dodici anni disposta dal legislatore statale alcune attività, ossia quelle esercenti il servizio assistito di somministrazione, dal suo ambito di applicazione. Le parti private deducono che la norma esorbita dalle competenze legislative della Provincia in materia di commercio, dovendo in tale ambito il legislatore locale attenersi ai principi generali della disciplina statale, nonché invade la competenza legislativa esclusiva statale in materia di “concorrenza” e di “profilassi internazionale”.

Con il quinto motivo [*Impugnazione della sentenza n. 91/2022 – error in iudicando con riferimento alla domanda di accertamento, nonché di condanna giudiziale dell'amministrazione resistente – violazione degli artt. 30 e 34, co. 1 let. c) c.p.a.*], gli appellanti incidentali impugnano il capo della sentenza che dichiara inammissibile la domanda di accertamento della durata dodicennale delle concessioni.

V. La Sezione, con sentenza non definitiva n. 11121/2023, ha accolto il primo motivo dell'appello principale e, con l'ordinanza n. 1306/2024, ha sollevato due questioni di costituzionalità aventi ad oggetto la normativa provinciale sopra indicata.

Il primo motivo dell'appello principale è stato ritenuto fondato perché, ad avviso della Sezione, la decisione da parte dell'amministrazione comunale di disporre la proroga per soli tre anni della concessione di posteggio non doveva essere sottoposta alla previa verifica, caso per caso, dell'effettività o

meno della somministrazione degli alimenti con il servizio assistito ai tavoli. Il Comune, infatti, una volta rilevato che gli originari ricorrenti ricadevano in astratto nella categoria dei soggetti concessionari di posteggio pubblico legittimati all'esercizio alla somministrazione degli alimenti con il servizio assistito ai tavoli, non poteva che disporre, secondo la normativa provinciale di riferimento, la proroga della concessione per soli tre anni.

L'incidente di costituzionalità sollevato con l'ord. n. 1306/2024 è stato definito con sentenza della Corte costituzionale n. 210/2024.

Con detta pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera v), della L.p. n. 12/2019, sollevata, in riferimento agli artt. 4, 5 e 9 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige).

La Corte Costituzionale ha ritenuto che la norma non si ponga in contrasto con l'art. 27, comma 1, lettera a), del D.lgs. n. 114/1998 che, nel definire il commercio su aree pubbliche, non esclude da tale ambito la somministrazione di alimenti e bevande con servizio assistito ai tavoli.

La Corte Costituzionale non ha condiviso la tesi secondo cui la norma statale esprimerebbe un principio fondamentale della materia, vincolante per la competenza legislativa concorrente spettante alle Provincie autonome in materia di commercio (art. 9, numero 3, dello statuto speciale), in quanto la riforma del Titolo V della Costituzione ha assegnato alle regioni a statuto ordinario la potestà residuale in materia di commercio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., e tale previsione deve trovare applicazione anche per le autonomie speciali.

La questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 65 della L.p. n. 12/2019 è stata, invece, ritenuta inammissibile.

Ad avviso della Corte, l'art. 65 della L.p. n. 12/2019, che esclude dal rinnovo dodicennale le concessioni implicanti il servizio assistito di

somministrazione, non dovrebbe essere posto a raffronto con il solo art. 181, comma 4-bis, cit., bensì anche con la direttiva 2006/123/CE.

La Corte di Giustizia, terza sezione, sentenza 20 aprile 2023, in causa C-348/22, ha affermato che “[l]’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che: l’obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti”.

La Corte ha evidenziato come la giurisprudenza amministrativa abbia confermato la soggezione del commercio su aree pubbliche alla Direttiva servizi e abbia disapplicato le norme statali che dettano previsioni diverse.

La norma statale, pertanto, secondo la Corte Costituzionale, appare in contrasto con l’art. 12 della direttiva servizi, norma considerata *self-executing* dalla giurisprudenza unionale.

VI. All’esito del giudizio di costituzionalità, il Comune di Bolzano, con atto depositato in data 3 gennaio 2025, ha riassunto il presente giudizio.

All’udienza del 22 maggio 2025, in vista delle quale le parti hanno depositato memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L’appello principale è fondato mentre è infondato il gravame incidentale.
2. Ferma restando la fondatezza del primo motivo dell’appello principale, come già statuito dalla sentenza non definitiva n. 11121/2023 cit., il Collegio deve prioritariamente esaminare il primo motivo dell’appello incidentale.

Il motivo è infondato.

Il dubbio di costituzionalità posto con tale mezzo dagli appellanti incidentali è stato affrontato dalla Corte costituzionale che lo ha ritenuto

infondato.

Come si è detto, la Corte ha ritenuto che l'art. 3, comma 1, lettera v), della L.p. n. 12/2019 (Codice del Commercio), che esclude dal campo di applicazione del medesimo Codice l'attività di somministrazione di alimenti e bevande con servizio assistito ai tavoli, non si pone in violazione del riparto di competenze legislative, trattandosi di materia divenuta di competenza residuale della Provincia.

3. Può a questo punto passarsi all'esame del secondo motivo dell'appello principale e del secondo motivo dell'appello incidentale, tra loro connessi.

Difatti, da un lato gli appellanti incidentali invocano l'applicazione, a loro favore, della disciplina statale di cui all'art. 181, co. 4-bis, cit., che prevede il rinnovo automatico di dodici anni delle concessioni e, dall'altro lato, il Comune sostiene il contrasto della norma statale invocata dai privati con il diritto comunitario ovvero, come dedotto nella memoria depositata in vista dell'udienza di discussione, l'irrilevanza della disciplina statale.

Il secondo mezzo dell'appello principale è fondato mentre è infondato il secondo mezzo dell'impugnazione incidentale.

Anzitutto, non può seguirsi la tesi del Comune secondo cui la normativa statale non sarebbe rilevante, dovendosi applicare la sola disciplina provinciale, anche alla luce della sentenza della Corte cost. n. 210/2024 che ha riconosciuto al legislatore provinciale la competenza residuale in materia di commercio.

Deve osservarsi sul punto che la Corte costituzionale non ha esaminato nel merito il quesito relativo all'art. 65 della L.p. n. 12/2019 disciplinante la proroga delle concessioni che, secondo le difese degli appellanti incidentali, afferirebbe non alla materia del "commercio" ma a quella, di competenza esclusiva statale, della "concorrenza" o della "profilassi internazionale".

In ogni caso, anche laddove si volesse ritenere che si è nell'ambito di una materia di competenza residuale della Provincia autonoma, la presenza di

un'antinomia tra la norma legislativa statale e quella provinciale (la prima prevede il rinnovo dodicennale delle concessioni *de quibus* e la seconda lo esclude) non consentirebbe al giudice comune di disapplicare la norma proveniente dalla fonte incompetente dovendo il contrasto, ove non risolvibile in via interpretativa, essere sottoposto al sindacato accentrato di costituzionalità.

Ad ogni modo, senza necessità di prendere posizione sul riparto di competenze legislative, nel presente caso la norma statale di cui all'art. 181, comma 4-bis, cit., non può trovare applicazione perché si pone in contrasto con l'art. 12 della Direttiva servizi.

A tutela della concorrenza e della libertà di stabilimento, il diritto dell'Unione europea prevede che, per le attività economiche che utilizzano la disponibilità esclusiva di un bene pubblico caratterizzato dalla "scarsità" della relativa risorsa, il rilascio del titolo autorizzativo debba essere sottoposto a stringenti condizioni, atte a favorire il ricambio tra gli operatori e a rimuovere gli ostacoli all'ingresso nel mercato di riferimento.

Dette condizioni impongono che la risorsa pubblica sia affidata previo espletamento di una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza (art. 12, paragrafo 1, della direttiva servizi), e che il titolo, da rilasciarsi "per una durata limitata adeguata", non preveda procedure di rinnovo automatico né accordi altri vantaggi al prestatore uscente (art. 12, paragrafo 2).

Il commercio ambulante, o commercio su area pubblica, è una attività di vendita di merci al dettaglio, effettuata su aree di proprietà pubblica, ovvero su piazzole o posteggi assegnati, oppure in forma itinerante, e tale attività rientra senza alcun dubbio nella nozione di servizi di cui alla Direttiva servizi. Difatti, la Direttiva in parola ha un ambito di applicazione generalizzato, concernente i «servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro» (art. 1, par. 1), e in cui sono tassative le esclusioni, elencate

all'art. 1, par. 2. Difatti, la Corte di giustizia ha statuito che «[l']articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l'attività di vendita al dettaglio di prodotti costituisce un “servizio” ai fini dell'applicazione di tale direttiva» (Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 30 gennaio 2018, nelle cause riunite C-360/15 e C-31/16, paragrafo 97).

Si vedano anche le considerazioni sul punto svolte da Corte cost. n. 210/2024 cit. ove, nel ricostruire il quadro normativo di riferimento, evidenzia il contrasto con la Direttiva servizi anche delle norme introdotte dal legislatore statale che escludevano il settore del commercio dal campo di applicazione del D.lgs. n. 59/2010, di recepimento della Direttiva medesima [art. 7, lettera f-bis) e art. 16, comma 4-bis, inseriti nel D.lgs. n. 59/2010 dall'articolo 1, comma 686, lettera a), della L. n. 145/2018 e successivamente abrogati dall'articolo 11, comma 7, lettera a), della L. n. 214/2023].

Pertanto, l'art. 181, comma 4-bis, cit., nel prevedere un rinnovo automatico di dodici anni delle concessioni in essere, si pone in contrasto con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con l'art. 12 della Direttiva servizi.

Si tratta, difatti, di norma contrastante con i principi della concorrenza che, nel prevedere il rinnovo automatico e generalizzato per una considerevole durata (dodici anni) dei titoli di concessione già in essere, preclude l'accesso al mercato tramite procedure imparziali di selezione a nuovi potenziali operatori, garantendo invece una posizione di “privilegio” agli operatori già beneficiari di un rapporto concessorio.

Del resto, devono seguirsi anche nel presente caso le conclusioni già raggiunte dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 9 novembre 2021, n. 17, in relazione alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, ove si è affermata la necessità di disapplicare le norme statali dirette a prevedere il rinnovo automatico a favore dei

concessionari “uscenti”.

Infatti, le attività di commercio su aree pubbliche, in analogia con il demanio marittimo, esibiscono il connotato dalla scarsità la quale, ai sensi del più volte richiamato art. 12 della Direttiva servizi, giustifica la selezione “per il mercato”, in cui l’accesso al settore economico avvenga mediante procedure ad evidenza pubblica. In entrambi i casi l’attività economica è consentita solo attraverso l’utilizzo del bene pubblico, il quale pertanto, sulla base della sua naturale limitatezza, giustifica la selezione degli operatori economici mediante criteri obiettivi e trasparenti, propri dell’evidenza pubblica (in tal senso, Cons. St., sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9104)

La norma di cui all’art. 181, comma 4-bis, cit. pertanto, deve essere disapplicata, così come già affermato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Sez. VII, 9 maggio 2024, n. 4163 e n. 9104/2023 cit.). Difatti, data la natura transitoria della norma e la limitata durata temporale residua della medesima, il Collegio ritiene preferibile procedere alla disapplicazione della stessa senza necessità di sollevare un ulteriore incidente di costituzionalità.

L’incompatibilità del rinnovo automatico delle concessioni di “posteggio” con il diritto unionale rende altresì infondata la tesi degli appellanti incidentali secondo i quali il Comune avrebbe dovuto dare loro la possibilità di rinunciare alla licenza che li abilita allo svolgimento del servizio ai tavoli e permettergli così di beneficiare della proroga di dodici anni.

In conclusione, la norma di cui all’art. 181, comma 4-bis, cit. deve essere disapplicata in quanto in contrasto con il diritto dell’Unione europea, dal che discende la fondatezza del secondo motivo dell’appello del Comune e l’infondatezza del secondo motivo dell’appello incidentale dei privati.

4. Alla luce delle conclusioni fin qui raggiunte, è infondato il terzo motivo

dell'impugnazione incidentale con cui si lamenta la disparità di trattamento rispetto ad altri operatori che hanno ottenuto il rinnovo automatico di dodici anni. L'eventuale disparità di trattamento, ove esistente, deriva dall'applicazione fatta, in favore di altri soggetti, di una norma contrastante con il diritto unionale e la lamentata discriminazione, pertanto, non è idonea a rendere illegittimo il provvedimento oggetto del presente giudizio. I consociati, difatti, non possono a buon diritto pretendere l'applicazione in loro favore di una norma illegittima (o, comunque, da disapplicare per contrasto con il diritto dell'Unione europea) ponendo a fondamento di tale pretesa la discriminazione derivante dall'applicazione della medesima previsione a favore di altri soggetti.

5. Del pari, il dubbio di costituzionalità posto dagli appellanti incidentali con il quarto mezzo è manifestamente infondato e irrilevante.

Gli appellanti incidentali, difatti, sostengono l'illegittimità costituzionale della normativa provinciale nella parte in cui esclude dal rinnovo automatico di dodici anni previsto dal legislatore statale, con l'art. 181, comma 4-bis, cit., le concessioni degli odierni appellanti incidentali.

Per le ragioni già esposte dalla sentenza della Corte cost. n. 210/2024, deve escludersi che il legislatore Provinciale abbia violato i principi fondamentali della materia del "commercio" posti dalla legge statale perché, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione del 2001, la Provincia autonoma gode di competenza residuale in materia.

Laddove, invece, si ritenga che il legislatore provinciale abbia invaso una materia di competenza esclusiva statale, quale quella della "concorrenza" o della "profilassi internazionale", come dedotto dagli appellanti incidentali, comunque il dubbio di costituzionalità è manifestamente infondato. Difatti, i privati invocano, quale norma interposta e alla quale, a loro dire, si sarebbe dovuto adeguare il legislatore provinciale, l'art. 181, comma 4-bis, cit. che rappresenta una norma contrastante con il diritto unionale e che non può,

quindi, rappresentare un valido parametro nel giudizio di costituzionalità.

Per altro verso, anche laddove dovesse accertarsi l'illegittimità della norma provinciale, comunque non potrebbe applicarsi nel presente caso la norma statale in quanto contrastante con il diritto dell'Unione europea e, quindi, comunque l'incidente di costituzionalità non influirebbe sugli esiti del presente giudizio.

6. Infine, essendo stata riscontrata la non fondatezza delle censure di legittimità avanzate dai privati avverso il provvedimento comunale che ha rinnovato per soli tre anni le concessioni, deve essere assorbito il quinto motivo dell'appello incidentale con cui viene riproposta la domanda di accertamento della spettanza del rinnovo dodicennale.

7. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto essendo fondati sia il primo motivo, come da pronuncia non definitiva della Sezione n. 11121/2023, che il secondo motivo, per le ragioni sopra esposte; l'appello incidentale, invece, deve essere rigettato siccome infondato. Di conseguenza, la sentenza di prime cure deve essere riformata e, per l'effetto, deve essere respinto il ricorso originario proposto dagli odierni appellanti incidentali.

Data la complessità e peculiarità delle questioni trattate, le spese di lite del doppio grado di giudizio devono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale e rigetta l'appello incidentale e, pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, rigetta il ricorso originario.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2025

con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Stefano Lorenzo Vitale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Lorenzo Vitale

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO