

COMMERCIO SU AREE PUBBLICHE E LA RIPETUTA INCERTEZZA DEL DIRITTO
DL n. 41/2021 come convertito con legge n. 69/2021, art. 26 - bis - Concessioni di posteggio per
l'esercizio del commercio su aree pubbliche

A cura del dott. Mario Maccantelli – 24/05/2021

1 – PARABOLA NORMATIVA

DL n. 41/2021 come convertito con legge n. 69/2021 – in vigore dal 22/05/2021

Art. 26 - bis - Concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche

*1. Al fine di garantire la continuità delle attività e il sostegno del settore nel quadro dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, alle **concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche** si applica il termine finale di cui all'articolo 103, comma 2, del decreto- legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e conseguentemente **le stesse conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza, anche in deroga al termine previsto nel titolo concessorio e ferma restando l'eventuale maggior durata prevista** (NDR attualmente lo stato di emergenza è fissato al 31/07/21).*

Quello che ho appena riportato è l'ultimo atto della saga normativa che riguarda la disciplina del commercio su aree pubbliche, per intendersi: i mercati rionali, le fiere e simili.

Facciamo un passo in dietro e partiamo dall'inizio. Non proprio dall'inizio ma, quanto meno, dal 1998, anno in cui è stato adottato il noto "Bersani 1", il d.lgs. n. 114/98 "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59". In sintesi:

Il commercio sulle aree pubbliche può essere svolto:

- a) su posteggi dati in concessione per dieci anni;*
- b) su qualsiasi area purché in forma itinerante.*

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche mediante l'utilizzo di un posteggio è rilasciata, in base alla normativa emanata dalla Regione, dal sindaco del Comune sede del posteggio ed abilita anche all'esercizio in forma itinerante nell'ambito del territorio regionale.

I principi "Bolkestein" ancora dovevano ancora arrivare e il settore era connotato da una relativa stabilità normativa grazie alla quale i concessionari potevano contare sul c.d. rinnovo tacito delle concessioni decennali. Le normative regionali erano tutte orientate a garantire la rendita di posizione al concessionario.

Di lì a qualche anno, però, il panorama normativo avrebbe iniziato a mutare. In sintesi¹:

Direttiva servizi 2006/123/CE – alias direttiva Bolkestein: ... *la presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi.*

D.lgs. n. 59/2010 – attuazione della direttiva servizi - Vedi, soprattutto:

¹ mi riaggancio e riprendo parte di un mio precedente articolo che metteva in luce l'evidente parallelismo fra le dinamiche normative e giurisprudenziali delle concessioni balneari con quelle del commercio su AAPP. Vedi: <http://www.omniavis.it/web/forum/index.php/topic,58540.0.html> . Anche le successive citazioni dell'AGCM sono riprese da quell'articolo.

-art. 16 “selezione fra diversi candidati” - no al rinnovo automatico delle concessioni; no ai vantaggi all’operatore concessionario uscente;
- art. 70 “commercio al dettaglio sulle aree pubbliche” - previsione di criteri, anche in deroga, al fine di applicarli nei bandi per il rilascio delle concessioni che non potevano più essere rinnovate tacitamente.

Intesa C.U. del 05/07/2012 sui criteri da applicare nelle procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche, in attuazione dell'articolo 70, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 e adozione di un complicato regime transitorio che portava le concessioni in essere a delle scadenze certe (07/05/2017 – 04/07/2017 – fino al 07/05/2020) in occasione delle quali le amministrazioni comunali avrebbero dovuto rimetterle a bando.

DL n. 244/2016 – proroga scadenza concessioni. Si inizia a prendere tempo: ... *il termine delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente disposizione e con scadenza anteriore al 31 dicembre 2018 è prorogato fino a tale data.*

Legge n. 205/2017 – proroga scadenza concessioni e rimando ad altra Intesa: ... *il termine delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente disposizione e con scadenza anteriore al 31 dicembre 2020 è prorogato fino a tale data. [...] Con intesa sancita in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, si provvede conseguentemente all'integrazione dei criteri previsti dall'intesa 5 luglio 2012.*

Legge n. 145/2018 – NO all’applicazione della direttiva Bolkestein – modifica al d.lgs. n. 59/2010 (abrogazione dell’art. 70, comma 5). Il commercio su AAPP esce, del tutto, dal campo applicativo del d.lgs. n. 59/2010 (il termine di scadenza del 31 dicembre 2020 resta comunque in vigore). **Dopo una parabola di 8 anni si torna ai principi giuridici precedenti al d.lgs. n. 59/2010.**

DL n. 34/2020 – disciplina dei rinnovi d’ufficio (*nelle more del riordino normativo...*). Dato che l’obbligo dei bandi alle scadenze delle concessioni è venuto meno, il legislatore definisce una procedura che, nei fatti, è un rinnovo tacito previa verifica di determinate condizioni in capo al proprietario d’azienda. *Le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020, se non già riassegnate [...] sono rinnovate per la durata di dodici anni, secondo linee guida adottate dal Ministero dello sviluppo economico e con modalità stabilite dalle regioni [...] con assegnazione al soggetto titolare dell'azienda.*

DM 25/11/2020 linee guida statali. Le concessioni sono rinnovate, fino al 31/12/2032, al proprietario d’azienda e non all’eventuale conduttore, previa verifica dei requisiti morali e professionali, della condizione di “attività” dell’impresa così come risulta dal Registro Imprese e della regolarità contributiva (quasi in tutte le regioni). **I titolari devono mettersi in regola entro il 30/06/2021, pena l’impossibilità del rinnovo e, quindi, la decadenza del titolo** (ometto i molti altri particolari normativi e le varie casistiche).

Qua possiamo riagganciarci all’ultima novità, il **Decreto-Legge n. 41/2021** come modificato dalla legge di conversione. L’art. 26-bis interviene con un’ulteriore proroga quando ormai i giochi sembravano fatti. L’art. 26-bis aggancia la validità delle concessioni al campo applicativo dell’**art. 103, comma 2 del DL n. 18/2020**.

Riporto l’**art. 103, comma 2 citato**: *Tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, compresi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori di cui all'articolo 15 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e la data della dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. La disposizione di cui al periodo precedente si applica anche alle segnalazioni certificate di inizio*

attività, alle segnalazioni certificate di agibilità, nonché alle autorizzazioni paesaggistiche e alle autorizzazioni ambientali comunque denominate. Il medesimo termine si applica anche al ritiro dei titoli abilitativi edilizi comunque denominati rilasciati fino alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza.

Prima dell'adozione dell'art. 26-bis in commento, l'applicazione dell'art. 103 del DL n. 18/2020 era stata esclusa al caso di specie dato che si tratta di disposizione generale mentre quelle del DL n. 34/2020 hanno carattere speciale e quindi, data anche la coincidenza temporale e la mancanza di specificazioni, deroganti rispetto alla prima.

Adesso, la specificazione è stata dettata per legge: il comma 2 citato si applica anche alle concessioni del commercio su AAPP, nonostante il DL n. 34/2020 e tutto ciò che ne è derivato.

2- CONSIDERAZIONI

La prima considerazione che viene in mente porta a ritenere che al 30/06/2021 (termine finale delle procedure di rinnovo tacito), le Amministrazioni comunali non potranno procedere con la decadenza delle concessioni il cui titolare risulti irregolare. Di seguito a questo, possiamo chiederci se i termini per regolarizzare le posizioni soggettive restano comunque fissati al 30/06/2021 ai sensi del DL n. 34/2020, delle relative linee guida statali e delle norme regionali attuative. Ma non solo, anche ai sensi delle comunicazioni di avvio procedimento che ogni Amministrazione comunale ha pubblicato ad inizio 2021.

Qua la risposta è più incerta ma, a rigor di logica, si può ritenere che l'esercente possa approfittare dell'ulteriore proroga al fine di trovare quella regolarità che avrebbe mancato entro il 30/06. In altre parole, diventa difficile per una PA dichiarare la decadenza di un titolo abilitativo se il titolare gode della piena regolarità al momento della decadenza. In alternativa, la PA competente dovrebbe dichiarare la decadenza al 01/07/2021 con un provvedimento ad efficacia differita al novantesimo giorno successivo alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. Ritengo, tuttavia, che la *ratio* non sia questa e ciò lo si comprende anche dalla relazione parlamentare di accompagnamento all'introduzione dello stesso art. 26-bis. Su questo si veda di seguito.

Per concludere le riflessioni della prima ora, aggiungo, relativamente ai Comuni che hanno già rilasciato le concessioni rinnovate (per i commercianti già verificati positivamente) che la disposizione in commento non produce effetti: *... ferma restando l'eventuale maggior durata prevista.*

Relativamente ai Comuni che ancora non hanno rilasciato i rinnovi, si pone il problema se procedere o meno una volta conclusi i controlli. Credo che molti Comuni siano già in grado di farlo e si stavano accingendo. Ecco, in questi casi, le Amministrazioni comunali possono sicuramente pubblicare ulteriore avviso evidenziando che il procedimento in corso è da considerarsi dilatato *ex lege* e, data l'incertezza sull'effettivo termine finale, risulta ragionevole attendere ulteriori sviluppi normativi al fine di concluderlo, ferma restando la tutela del concessionario che può, in ogni caso, continuare a esercitare. Questo, ancora alla luce di quanto si comprende nella relazione di accompagnamento (in effetti pare la strada più ragionevole).

3- RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO ALL'ART. 26-BIS

Arriviamo, dunque, alla relazione parlamentare citata (scaricabile da quagli atti su *senato.it*). Ai sensi di quanto riportato nella relazione si comprende che la proroga non è stata adottata solamente ai fini delle tutele Covid ma anche per prendere tempo di fronte alle preoccupazioni sull'incompatibilità dell'attuale assetto normativo con i principi del diritto eurounitario. In parole povere, i nodi sono venuti al pettine e il legislatore non è più così sicuro che il settore del commercio su AAPP possa restare fuori dal campo applicativo del d.lgs. n. 59/2010.

Nella relazione camerale di accompagnamento all'introduzione dell'art. 26-bis citato, si legge (testualmente):

*La relazione di accompagnamento dell'articolo aggiuntivo qui in commento ne motiva l'introduzione **in ragione dell'emergenza epidemiologica in corso e in conseguenza dell'incertezza interpretativa conseguente all'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per la vigente disciplina di proroga delle concessioni dei posteggi per l'esercizio del commercio sulle aree pubbliche [...]***

*Alla luce del quadro normativo nazionale sopra descritto, che fornisce la cornice per l'attuazione della disciplina a livello regionale e locale, il settore del commercio su aree pubbliche **risulta attualmente impenetrabile all'applicazione dei principi della concorrenza, costantemente richiamati dall'Autorità nei numerosi e convergenti interventi in materia, [...]. Al riguardo, l'Autorità evidenzia che le norme sopra richiamate sollevano seri dubbi di compatibilità con il diritto europeo.***

In primo luogo, l'esclusione dell'attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del D.Lgs. n. 59/2010 contrasta con la puntuale individuazione dei settori esclusi prevista dalla Direttiva Servizi (considerando da 10 a 27 e articolo 2) senza lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri. Tale elenco, in quanto reca una eccezione a un principio di liberalizzazione riconosciuto, deve essere interpretato in maniera tassativa.

Ne discende, pertanto, che le novellate disposizioni del D.Lgs. n. 59/2010, non appaiono più coerenti con la fonte sovraordinata, ovvero con la Direttiva Servizi.

[...] una proroga di siffatta durata può essere considerata in alcun modo necessaria e proporzionata alle specifiche esigenze che l'amministrazione eventualmente rinviene nell'attuale situazione di emergenza sanitaria. È significativo, infine, che la Consulta abbia, già nel 2012, dichiarato l'illegittimità di una normativa regionale che, al pari di quanto disposto dalla 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.

Si tratta di principi la cui applicazione si impone in forza del primato del diritto europeo su disposizioni nazionali incompatibili. Tale principio ha come corollario il dovere di collaborazione degli Stati membri alla realizzazione degli obiettivi sanciti dal Trattato che li obbligano a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa e regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese [...]

Pertanto, l'Autorità ritiene che le modifiche apportate al D.Lgs. n. 59/2010, le norme del decreto rilancio e le conseguenti determinazioni ministeriali si pongano in violazione delle disposizioni costituzionali ed eurounitarie, poste a presidio della libertà di iniziativa economica e a tutela della concorrenza, in quanto idonee a restringere indebitamente l'accesso e l'esercizio di un'attività economica.

*In conclusione, l'Autorità auspica che il Parlamento e il Governo vogliano tenere in debita considerazione le osservazioni sopra espresse **al fine di addivenire a una modifica della vigente normativa in linea con la disciplina e i principi di diritto europeo a presidio della concorrenza, nel solco più volte tracciato dall'Autorità in materia. In assenza di tali modifiche, infatti, l'Autorità ritiene che i soggetti chiamati ad attuare l'attuale quadro normativo debbano procedere alla disapplicazione delle disposizioni nazionali, adottando una disciplina delle procedure di assegnazione delle concessioni di posteggio coerente con i menzionati principi posti a presidio della concorrenza in materia di durata, criteri di selezione e assenza di rinnovi automatici².***

4- L'INTERVENTO DELLA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

² La giurisprudenza amministrativa sulle concessioni balneari ha messo in luce proprio il dovere di disapplicazione in capo all'autorità amministrativa. Vedi TAR Toscana n. 363/2021.

L'Autorità citata è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Tale Autorità è intervenuta varie volte in materia e lo ha fatto fin dai tempi dei "criteri" di cui all'Intesa del 2012 (citata prima) che, di fatto, davano la certezza all'operatore uscente, a meno di improbabili errori di presentazione della domanda del bando, di vedersi riassegnare la concessione in scadenza. Ultimamente, l'AGCM è intervenuta nuovamente, si veda il parere del 15/02/2021 reso a Roma Capitale :

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesta Amministrazione relativamente alla disciplina per il rilascio delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche e alla possibilità che dall'applicazione delle vigenti norme possa derivare un'indebita alterazione della concorrenza, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inteso rendere le seguenti osservazioni.

[...] Nonostante si tratti di attività economiche per le quali il numero dei titoli autorizzatori risulta limitato, in base alla nuova formulazione degli artt. 7, lett. f-bis, e 16, comma 4-bis, del D. Lgs. n. 59/2010, non trovano più applicazione le disposizioni normative che imponevano di individuare i prestatori all'esito di una procedura selettiva [...]

L'AGCM passa in rassegna l'attuale e regime giuridico e solleva seri dubbi di compatibilità con il diritto europeo.

In primo luogo, l'esclusione dell'attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del D. Lgs. n. 59/2010 contrasta con la puntuale individuazione dei settori esclusi prevista dalla Direttiva Servizi (cfr. considerando da 10 a 27 e art. 2) senza lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri. Tale elenco, in quanto reca una eccezione a un principio di liberalizzazione riconosciuto, deve essere interpretato in maniera tassativa. Ne discende, pertanto, che le novellate disposizioni del D. Lgs. n. 59/2010 non appaiono più coerenti con la fonte sovraordinata, ovvero con la Direttiva Servizi.

In secondo luogo, la necessità di prevedere una durata limitata alla concessione e di seguire criteri di aggiudicazione trasparenti e non discriminatori costituisce un principio generale dell'ordinamento europeo, volto a evitare preclusioni all'accesso al mercato e indebite restrizioni della concorrenza. In proposito, si richiama la Direttiva 2014/23, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, secondo cui, per le concessioni di durata superiore a cinque anni occorre motivare la necessità di prevedere una durata eccedente relativamente al periodo di recupero degli investimenti effettuati e di ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali (cfr. considerando 52 e art. 18 della Direttiva). Inoltre, la medesima Direttiva stabilisce il principio generale di parità e non discriminazione fra concorrenti nell'accesso alle concessioni (cfr. art. 3 della Direttiva). Anche la contigua giurisprudenza, europea e nazionale, in materia di concessioni demaniali marittime ha costantemente ribadito la necessità di assegnare le concessioni all'esito di selezioni

trasparenti e non discriminatorie e per una durata limitata e proporzionata agli investimenti. La giurisprudenza ha altresì costantemente ribadito l'illegittimità di previsioni che dispongano proroghe automatiche al concessionario uscente [...]

All'AGCM non sfugge il caso giudicato dalla Corte costituzionale con pronuncia n. 291/2012 (io che sono toscano lo ricordo bene). La Regione Toscana, nel 2011, inserì una disposizione nel codice regionale del commercio che, sostanzialmente, suonava come quella adottata a livello statale con la legge n. 145/2018: il commercio su area pubblica sfugge all'applicazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010 per motivi imperativi di interesse generale.

Nel 2011, lo Stato aveva meno dubbi e l'Avvocatura generale impugnò la disposizione regionale presso la Corte costituzionale. La Corte ne ravvide l'illegittimità.

L'Avvocatura, fra le censure proposte alla suprema Corte, indicò l'impossibilità di eludere il campo applicativo dell'art. 16 citato dato che il commercio su area pubblica si basa, per sua stessa natura, sullo sfruttamento di una risorsa scarsa. Conseguentemente, la Corte rilevò *che la disposizione della Regione Toscana censurata dal ricorrente, eliminando, nel proprio ambito regionale, i vincoli e i limiti posti dalla disciplina statale relativamente ai regimi di rilascio di autorizzazioni per avere accesso ad un'attività di servizi, si pone in evidente contrasto con la normativa comunitaria e con quella nazionale attuativa della stessa.*

L'AGCM prosegue affermando il primato gerarchico del diritto comunitario su quello interno per poi concludere citando il doveroso istituto della disapplicazione.

[...] Si tratta di principi la cui applicazione si impone in forza del primato del diritto europeo su disposizioni nazionali incompatibili. Tale principio ha come corollario il dovere di collaborazione degli Stati membri alla realizzazione degli obiettivi sanciti dal Trattato che li obbligano a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa e regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (art. 4 § 3 TUE e protocollo n. 27 TUE sul mercato interno e la concorrenza).

Pertanto, l'Autorità ritiene che le modifiche apportate al D. Lgs. n. 59/2010, le norme del decreto rilancio e le conseguenti determinazioni ministeriali e regionali sopra citate si pongano in violazione delle disposizioni costituzionali ed eurounitarie, poste a presidio della libertà di iniziativa economica e a tutela della concorrenza, in quanto idonee a restringere indebitamente l'accesso e l'esercizio di un'attività economica.

Alla luce delle ragioni sopra esposte, in conclusione, l'Autorità ritiene che codesto Comune debba ricorrere allo strumento della disapplicazione delle norme nazionali per contrarietà con la disciplina e i principi di diritto europeo a presidio della concorrenza, adottando una disciplina delle procedure di assegnazione delle concessioni di posteggio coerente con i menzionati principi in materia di durata, criteri di selezione e assenza di rinnovi automatici.

4- CONCLUSIONI

Alla fine, non si può che sottolineare, con rammarico, come si sia innescata un'altra parabola normativa di senso inverso rispetto a quella ricostruita all'inizio. Evito di pesare umanamente e politicamente la vicenda, ognuno faccia le proprie considerazioni, ma è chiaro che il settore, anche da un punto di vista amministrativo, è gettato nuovamente nell'incertezza. Le dinamiche che possono scaturire e i tempi di attuazione sono incerti. Per contro mi sento di rassicurare le Amministrazioni comunali dicendo che la questione è talmente importante che sarà necessaria, se effettivamente la dinamica andrà avanti, un'ulteriore normativa statale di carattere transitorio che dia uniformità procedurale a livello nazionale al fine di ri-traghettonare il settore sotto il cappello della direttiva Bolkestein. La battaglia portata avanti dall'AGCM è giuridicamente apprezzabile e la giurisprudenza nazionale ed europea va nella stessa direzione. Alla luce di questo, come ho indicato prima, pare opportuno, da parte della PA, un atteggiamento attendista per comprendere i possibili sviluppi normativi. Allo stato attuale, i 90 giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza coincidono con il 29/10/2021. Restiamo sintonizzati e attendiamo.