

LEGGE 30 dicembre 2023, n. 214

Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022. (GU Serie Generale n.303 del 30-12-2023)

In vigore dal 31/12/2023

Art. 11 - Modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche

Il legislatore prende atto della giurisprudenza e delle indicazioni dell'AGCM circa la necessità di applicare la direttiva 2006/123/CE (alias direttiva "servizi", alias direttiva "Bolkestein"), alla materia del commercio su area pubblica. Tuttavia, se questa legge, da una parte, riporta la materia nel campo applicativo del d.lgs. n. 59/2010 (quindi della Bolkestein) dall'altra, fa salve le proroghe tacite dodicennali delle concessioni che la giurisprudenza ha indicato come non legittime proprio perché in contrasto con i principi unionali. In sintesi, restano ancora aperte delle questioni sulle quali potrebbero esserci ulteriori strascichi giurisprudenziali (si veda la sentenza del Consiglio di Stato n. 9104/2023 favorevole al comune di Roma che ha disapplicato la normativa statale sui rinnovi taciti). Per questo si può rilevare una certa contraddittorietà: proprio perché la materia è disciplinata dal d.lgs. n. 59/2010 (quindi dalla direttiva B.), non si possono applicare le disposizioni circa l'obbligo del rinnovo tacito d'ufficio.

Il presidente Mattarella, come aveva fatto per l'analoga questione delle concessioni balneari, esprime con decisione le perplessità in merito: <https://www.quirinale.it/elementi/103918>

TESTO dell'art. 11 e note di commento

*1. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche sono rilasciate, per una **durata di dieci anni**, sulla base di **procedure selettive**, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, secondo linee guida adottate dal Ministero delle imprese e del made in Italy, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, da sancire entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.*

Note: questa è la regola generale che troverà attuazione e definizione con le linee guida. Il comma 1 è in linea con i principi della "Bolkestein". Tuttavia, vedremo quali criteri indicheranno le future linee guida, come accadde 2012, potrebbero essere dei criteri eccessivamente sbilanciati in favore degli operatori già concessionari. Vedi comma successivo per il dettaglio della delega.

*2. Al fine di potenziare la concorrenza, **le linee guida di cui al comma 1 tengono conto dei seguenti criteri:***

- a) prevedere, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la **stabilità occupazionale** del personale impiegato e a tenere conto della **professionalità e dell'esperienza** precedentemente acquisite nel settore di riferimento;*

b) prevedere la valorizzazione dei requisiti dimensionali della categoria della **microimpresa**, come definita ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Ministro delle attività produttive 18 aprile 2005, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 238 del 12 ottobre 2005;

c) prevedere un numero massimo di concessioni di cui, nell'ambito della medesima area mercatale, ciascun operatore può essere **titolare, possessore o detentore**, a qualsiasi titolo.

Note: disposizione delegante che autorizza l'adozione del DM secondo determinati principi. La microimpresa è quella con un numero di dipendenti inferiore a 10 e con un fatturato annuo fino a 2 milioni di euro.

3. Le amministrazioni competenti, nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, compiono una **ricognizione annuale delle aree** destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche e, verificata la disponibilità di aree concedibili, indicano procedure selettive con cadenza annuale nel rispetto delle linee guida di cui al comma 1. La prima ricognizione è effettuata entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.

Note: vediamo le linee guida ma, al netto di quelle, è chiaro che la discrezionalità nell'istituire nuove aree mercatali resti intatta dato che afferisce a verifiche socio-economiche in collegamento con la generale funzione del governo del territorio. Anche adesso le Amm.ni comunali possono istituire nuovi mercati previa concertazione con i soggetti deputati. Non credo che le linee guida possano dettare parametri di densità comunale relativi al numero di concessioni. La norma parla di aree, per questo reputerei qualcosa di diverso dal singolo posteggio rimasto vuoto ma vediamo le linee guida, forse sono comprese entrambe le accezioni: posteggi già istituiti ma rimasti "vuoti" e nuove aree dove istituire nuovi mercati o fiere. Sicuramente, però, adesso vige un impegno annuale da parte della Amm.ni comunali.

4. Continuano ad avere efficacia fino al termine previsto nel relativo titolo le concessioni già assegnate alla data di entrata in vigore della presente legge con procedure selettive **ovvero già riassegnate ai sensi dell'articolo 181, commi 4-bis e 4-ter**, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

Note: si tratta di concessioni assegnate in senso generale (ad esempio *ex novo*) ma si tratta, soprattutto, dei rinnovi taciti. Rammentiamo il comma 4-bis: 4-bis. *Le 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 2012, 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...*

Il comma 4-ter, in sintesi, riguarda il c.d. ripescaggio per i concessionari esclusi dalle procedure di rinnovo qualunque esse siano (caso residuale / particolare).

Se il comma 1 è in linea con la "Bolkestein", questo comma non lo è dato che fa salve quelle concessioni che sono state rinnovate tacitamente ai sensi della normativa che la giurisprudenza amministrativa ha dichiarato come non applicabile (articolo 181, commi 4-bis e 4-ter). L'AGCM, in sede di audizione propedeutica approvazione ha presentato delle esplicite critiche in questo senso.

5. I procedimenti tesi al rinnovo dei titoli concessori indicati all'articolo 181, comma 4-bis, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, che alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 77 del 2020 erano in scadenza al 31 dicembre 2020 e **che alla data di entrata in vigore della presente legge non risultano ancora conclusi per qualsiasi causa, compresa l'eventuale inerzia dei comuni**, sono conclusi secondo le disposizioni di cui al citato articolo 181 e nel rispetto del termine di durata del rinnovo ivi previsto, **entro sei mesi** dalla data di entrata in vigore della presente legge. Qualora l'amministrazione non concluda il procedimento nel termine predetto, **le concessioni si intendono comunque rinnovate** salva rinuncia dell'avente titolo e salvo il potere di adottare determinazioni in autotutela ai sensi dell'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, in caso di successivo accertamento dell'originaria mancanza dei requisiti di onorabilità e professionalità e degli altri requisiti prescritti.

Note: il legislatore mette il punto su eventuali strascichi nelle procedure e ripropone in rinnovo ex lege in palese contrasto la direttiva servizi. Tuttavia, i comuni che hanno concluso i bandi disapplicando la normativa in contrasto con la direttiva Bolkestein continueranno per la loro strada (procedimenti già conclusi o meno). Anche questa disposizione, quindi, è disapplicabile per le medesime motivazioni che hanno portato alla disapplicazione dell'articolo 181, commi 4-bis e 4-ter. Ora, però, i comuni disapplicanti ma ancora indecisi, dovranno stare attenti al rinnovo *ex legesenza* neppure la condizione verifica dei requisiti (anche se non pare troppo legittimo), restando in essere solo la possibilità dell'annullamento *ex post* con tutti i problemi che ne derivano.

6. Al fine di evitare soluzioni di continuità nel servizio, nelle more della preparazione e dello svolgimento delle gare, le concessioni non interessate dai procedimenti di cui al comma 5 conservano la loro validità sino al 31 dicembre 2025 anche in deroga al termine previsto nel titolo concessorio **e ferma restando l'eventuale maggiore durata prevista**.

Note: questo comma è da correlare con il comma 1 e il comma 4. Si comprende (vedremo maggiori dettagli dopo le linee guida) che le concessioni in essere e con scadenza precedente al 31/12/2025 hanno durata fino a tale data (quindi non quelle che vanno al 31/12/32 di cui al DL 34/20). A quella data (31/12/25) si applicheranno (con congruo anticipo) le procedure di cui al comma 1 secondo le linee guida ministeriali. Si comprende che se il termine di scadenza è posteriore al 31/12/25, resta quello; se anteriore, il presente comma si sovrappone al comma 4 indicando una scadenza unica per quelle con scadenza anteriore al 31/12/2025. La casistica dovrebbe essere assai residuale.

7. Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati:

a) la lettera f-bis) del comma 1 dell'articolo 7 e il comma 4-bis dell'articolo 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59;

Note: si tratta delle disposizioni che avevano tolto il commercio su AAPP dal campo applicativo del d.lgs. n. 59/2010. Ergo, si torna al testo antecedente al 2018, il commercio su AAPP è un'attività disciplinata dal d.lgs. n. 59/2010 e quindi dalla "Bolkestein".

b) *il comma 1181 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205;*

Note: la disposizione riguardava il rimando a una futura Intesa della C.U., ulteriore a quella del 2012, sui criteri dei bandi. Intesa che sottintendeva l'applicabilità del d.lgs. n. 59/2010 e, in quanto tale, non applicabile. Adesso che si applica di nuovo il d.lgs. n. 59/2010, avrebbe potuto generare confusione.

c) *l'articolo 1, comma 686, lettere a) e b), della legge 30 dicembre 2018, n. 145.*

Note: si tratta delle ulteriori disposizioni che avevano ribadito l'uscita del commercio su AAPP dal campo applicativo del d.lgs. n. 59/2010. Anche in questo caso, si torna al testo antecedente al 2018, il commercio su AAPP è un'attività disciplinata dal d.lgs. n. 59/2010 e quindi dalla "Bolkestein".

8. *All'articolo 40, comma 1, del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175, le parole: «31 dicembre 2023» sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2024».*

Note: si tratta della proroga sulle facilitazioni amministrative per la posa in opera dei c.d. dehors di derivazione aiuti "Covid"

Art. 40. Ulteriori disposizioni di sostegno alle imprese

1. L'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 9-ter, comma 5, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, è prorogata al 31 dicembre 2023, salva disdetta da parte dell'interessato.

Comma 5. *Ai soli fini di assicurare il rispetto delle misure di distanziamento connesse all'emergenza da COVID-19, a far data dal 1° gennaio 2021 e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, la posa in opera temporanea su vie, piazze, strade e altri spazi aperti di interesse culturale o paesaggistico, da parte dei soggetti di cui al comma 2, di strutture amovibili, quali dehors, elementi di arredo urbano, attrezzature, pedane, tavolini, sedute e ombrelloni, purché funzionali all'attività di cui all'articolo 5 della legge n. 287 del 1991, non è subordinata alle autorizzazioni di cui agli articoli 21 e 146 del codice di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Per la posa in opera delle strutture amovibili di cui al periodo precedente è disapplicato il limite temporale di cui all'articolo 6, comma 1, lettera e-bis), del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.*

Comunicato del Presidente Mattarella del 02/01/2024

Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha promulgato il 30 dicembre 2023 la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022 e ha inviato in data odierna al Presidente del Senato della Repubblica, Ignazio La Russa, al Presidente della Camera dei Deputati, Lorenzo Fontana, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, Giorgia Meloni, la seguente lettera:

«mi è stata sottoposta per la promulgazione la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022. Il provvedimento rappresenta uno dei traguardi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza da conseguire entro il quarto trimestre del 2023 e pertanto, al fine di adempiere all'impegno assunto in sede europea, è necessario procedere con sollecitudine alla promulgazione.

Ritengo, tuttavia, doveroso richiamare l'attenzione del Governo e del Parlamento sull'articolo 11 della legge, in materia di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche, che, oltre a disciplinare le modalità di rilascio delle nuove concessioni, **introduce l'ennesima proroga automatica delle concessioni in essere, per un periodo estremamente lungo, in modo che appare incompatibile con i principi più volte ribaditi dalla Corte di Giustizia, dalla Corte costituzionale, dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato** in materia di apertura al mercato dei servizi. Inoltre, i criteri generali per il rilascio di nuove concessioni, secondo quanto affermato anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, appaiono restrittivi della concorrenza in entrata e favoriscono, in contrasto con le regole europee, i concessionari uscenti.

La disciplina in esame presenta evidenti analogie con quella delle concessioni demaniali marittime, introdotta con la legge di conversione del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198, recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi", oggetto di una mia precedente lettera del 24 febbraio 2023, inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei ministri, ove evidenziavo i profili di contrasto di quella disciplina con il diritto europeo e, quindi, con il dettato costituzionale.

Della legge ora in esame suscitano analoghe, rilevanti perplessità di ordine costituzionale le disposizioni del richiamato articolo 11 che intervengono sulle concessioni in essere e ne dispongono proroghe a vario titolo.

Si prevede infatti che continuino ad avere efficacia fino al termine previsto nel relativo titolo, non solo – com'è logico - le concessioni assegnate con procedure selettive, ma anche le concessioni già riassegnate ai sensi dell'articolo 181, commi 4-bis e 4-ter, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. Il predetto comma 4-bis ha disposto, a suo tempo, il rinnovo per la durata di dodici anni per le concessioni in scadenza al 31 dicembre 2020, mentre il comma 4-ter ha previsto la facoltà delle regioni di disporre che i comuni possano assegnare, su richiesta degli aventi titolo, in via prioritaria e in deroga ad ogni altro criterio, concessioni per posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione, ove necessario, agli operatori, in possesso dei requisiti prescritti, che siano rimasti esclusi dai procedimenti di selezione previsti dalla vigente normativa ovvero che, all'esito dei procedimenti stessi, non abbiano conseguito la riassegnazione della concessione.

L'articolo 11 della legge in esame prevede, per i procedimenti di rinnovo dei titoli concessori individuati dal comma 4-bis non ancora conclusi anche per inerzia dei Comuni, un ulteriore termine di sei mesi, con applicazione, in sede di rinnovo, del termine di dodici anni di durata previsto dal comma 4-bis. Qualora l'amministrazione non concluda il procedimento in tale ulteriore termine di sei mesi, il titolo concessorio è rinnovato automaticamente, salva la rinuncia dell'avente titolo.

Infine, con una disposizione di cui non sono chiare la ratio e l'impatto, le concessioni non interessate dai procedimenti di rinnovo ai sensi del citato art. 181 sono automaticamente prorogate sino al 31 dicembre 2025, salva l'eventuale maggiore durata prevista nel titolo.

La disciplina del commercio su aree pubbliche, come affermato anche dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 291 del 2012, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (cd. "direttiva servizi"). La direttiva è autoapplicativa, con la conseguente necessità della disapplicazione delle norme interne incompatibili, con l'obbligo di una procedura di selezione "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili", escludendo procedure di rinnovo automatico. **La necessità di disapplicare le norme interne in contrasto con tale obbligo è stata ribadita di recente, con riferimento alla disciplina delle concessioni demaniali marittime, dal TAR Lazio, con sentenza n. 19051 del 15 dicembre 2023, e dalla Corte di Giustizia, con sentenza del 20 aprile 2023.**

Con specifico riferimento alle concessioni per il commercio su aree pubbliche, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rispetto alla proroga disposta dal decreto legge n. 34 del 2020, aveva già rilevato, nel parere del 15 febbraio 2021, l'incompatibilità con la direttiva servizi, invitando i Comuni a disapplicare le norme di legge.

Appare paradigmatica la vicenda del Comune di Roma che ha, quindi, proceduto a disapplicare il citato comma 4-bis e ha avviato le procedure per la messa a gara delle concessioni.

Il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità della disapplicazione da parte del Comune di Roma di tale disposizione interna, in quanto incompatibile con la direttiva servizi (Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza n. 9104 del 19 ottobre 2023).

Il Consiglio di Stato ha confermato, in tal modo, la sentenza di primo grado che aveva indicato anche per le concessioni dei posteggi per il commercio su aree pubbliche, oltre che per le concessioni del demanio marittimo, il limite massimo del 31 dicembre 2023, raggiunto il quale le concessioni cesseranno di produrre effetti, "nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E. e fermo restando che, nelle more, l'amministrazione ha il potere/dovere di avviare le procedure finalizzate all'assegnazione della concessione" (Tar Lazio, sentenza n. 530/2022).

Analogamente il Tar Lazio si è pronunciato in altri giudizi con le sentenze n. 539/2022; 8136/2022, non impugnate e, quindi, passate in giudicato.

La proroga di dodici anni prevista dalla legge in esame per le concessioni in essere appare, alla luce di questi orientamenti giurisprudenziali, eccessiva e sproporzionata.

Va rilevata inoltre l'incongruenza di prevedere una proroga automatica di durata superiore (12 anni) a quella delle nuove concessioni (10 anni).

Il contesto che viene in tal modo a determinarsi presenta caratteristiche molto simili a quello oggetto della mia lettera del 24 febbraio scorso.

I profili di contrasto con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono l'incertezza del quadro normativo, determinando la necessità di garantire la certezza del diritto e l'uniforme interpretazione della legge da parte di tutti i soggetti coinvolti. Così come ho osservato riguardo alla vicenda delle concessioni demaniali, ciò rende indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento».