

**DIRETTIVA BOLKESTEIN E COMMERCIO SU AREA PUBBLICA**

**IL TAR SARDEGNA PRENDE ATTO DEI PRINCIPI ESPRESSI**

**DALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO - SENTENZA N.**

**865/2021**

**Sintesi e principi**

**Parabola normativa**

- 2006 - la CE approva la direttiva servizi n. 123/2006/CE, alias Bolkestein, sulla tutela della concorrenza, l'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi (vedi, sul punto, l'art. 12).
- 2010 - Decreto legislativo n. 59/2010 recepimento della direttiva servizi 123/2006/CE – il commercio su AAPP entra nel campo applicativo Bolkestein. Vedi, soprattutto gli art. 16 e 70: concessioni limitate nel tempo - stop ai rinnovi taciti – procedure concorsuali senza vantaggi per l'operatore uscente.
- 2012 - Intesa della C.U. per definire criteri procedurali per i bandi e regime transitorio delle scadenze. Già l'Intesa garantiva il rinnovo ai concessionari uscenti con dei criteri fin troppo di favore. Bolkestein sì ma con qualche deroga ai sensi dell'art. 70 citato.
- 2016 e 2017 - Proroghe per dare modo di completare le procedure demandando a criteri concorsuali più strutturati e ragionevoli. Si arriva alla proroga fino al 31/12/2020.
- Fine 2018 - decisione drastica. Viene modificato il d.lgs. 59/2010, il commercio su AAPP viene tolto totalmente dal campo applicativo dello stesso decreto. Si torna all'epoca pre-2010 in una notte.
- 2020 - DL 34/2020 e le linee guida sui rinnovi "quasi" automatici per 12 anni: nessuna procedura concorsuale ma verifica della sussistenza dei requisiti soggetti dei concessionari. Inoltre (2021), viene disposta un'ulteriore proroga sulla validità delle concessioni agganciata alla normativa Covid: 90 gg successivi alla fine dell'emergenza covid.

## I principi che sottendono la sentenza in commento

- L'AP del Consiglio di Stato, con pronunce gemelle n. 17 e 18 del 09/11/2021 , pone la parola fine sulla questione dell'applicabilità della Direttiva Servizi alle concessioni balneari. Piena applicabilità con obbligo di disapplicazione della normativa interna contrastante. L'obbligo riguarda anche la PA (senza previo passaggio giudiziale). Vedi il mio commento: <https://www.youtube.com/watch?v=ZqcR3i5eeTM>
- Il TAR Sardegna trasla quanto sancito dall'AP al settore del commercio su AAPP. La normativa interna, di cui al DL n. 34/2020, sulla proroga *ex lege* della durata delle concessioni e sul rinnovo senza procedure competitive deve essere disapplicata.
- Per il TAR Sardegna, anche le concessioni mercatali sono un bene scarso e come tale entrano nel campo applicativo dell'art. 12 della Direttiva: concessioni con durata limitata nel tempo - rilascio delle concessioni tramite procedura concorsuale - né rinnovo automatico né vantaggi al prestatore uscente.
- Anche le disposizioni del d.lgs. n. 59/2010 che escludono dal suo campo applicativo il settore del commercio su AAPP devono essere disapplicate.

**Pubblicato il 28/12/2021**  
**N. 00865/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00155/2021 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 155 del 2021, proposto da: -OMISSIS- in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare della ditta individuale -OMISSIS-, -OMISSIS-, in qualità di titolare della -OMISSIS- e -OMISSIS- S,n,c,, -OMISSIS- in qualità di titolare della -OMISSIS- e -OMISSIS- S.n.c., -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare della ditta -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS--OMISSIS-, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare della ditta -OMISSIS-, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare della ditta -OMISSIS-, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di titolare della ditta -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Nicola Norfo e Mario Delitala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicola Norfo, in Cagliari, via Malta, n. 25;

contro

Comune di Olbia, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabrina Serusi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Melis in Cagliari, via Carbonia 10;

per l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale reg. gen. n° 5667 del 31.12.2020 del Settore Attività Produttive, Turismo e Personale – Ufficio 1 Gestione Mercati del Comune di Olbia, avente ad oggetto “SUAPE 2020 Assegnazione posteggi per l'esercizio di attività di commercio su area pubblica e di vendita da parte degli imprenditori agricoli in scadenza al 3/12/2020 – Proroga tecnica al 31/12/2021”, pubblicato sull'albo pretorio, nella parte in cui dispone la proroga tecnico-organizzativa delle concessioni mercatali per 1 anno, anziché procedere con il rinnovo delle stesse per 12 anni.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Olbia.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Gli odierni ricorrenti sono tutti **titolari di posteggi** per l'esercizio dell'attività di vendita al dettaglio nell'ambito del mercato in loc. San Pantaleo, sulla base di concessioni rilasciate dal Comune di Olbia con scadenza naturale al 31 dicembre 2020.

Con determinazione dirigenziale 31 dicembre 2020, n. 5667, il Comune di Olbia ha disposto la **"proroga tecnico-organizzativa"** delle predette concessioni sino al 31 dicembre 2021 **"nelle more dell'indizione delle procedure ad evidenza pubblica per le nuove assegnazioni"**, in dichiarata disapplicazione - per contrasto con la direttiva comunitaria 2006/123/CE- della disciplina nazionale dettata dall'**art. 181, comma 4 bis, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34**, convertito, con modificazioni, dalla legge luglio 2020, n. 77, con cui è stato disposto il rinnovo automatico delle *"concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020... 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, con assegnazione al soggetto titolare dell'azienda, sia che la conduca direttamente sia che l'abbia conferita in gestione temporanea, previa verifica della sussistenza dei requisiti di onorabilità e professionalità prescritti, compresa l'iscrizione ai registri camerali quale ditta attiva ove non sussistano gravi e comprovate cause di impedimento temporaneo all'esercizio dell'attività"*.

Il ricorso è affidato a censure che saranno esaminate nella parte in diritto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Olbia, opponendosi all'accoglimento del gravame.

Con memorie difensive le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 21 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione nel merito.

#### DIRITTO

In primo luogo parte ricorrente evidenzia che *“la decisione di disporre una proroga tecnica di un anno delle concessioni in scadenza al 31.12.2020 contrasta frontalmente con la fonte legislativa, la quale (come si è visto) **obbliga al rinnovo delle stesse per dodici anni**, risultando pertanto l’impugnato provvedimento illegittimo per violazione di legge”* (così, testualmente, in ricorso) **e sostiene che l’Amministrazione resistente avrebbe dovuto applicare tale disciplina nazionale, ancorché contrastante con quella comunitaria, restando il relativo potere di disapplicazione riservato esclusivamente al giudice.**

La censura è infondata alla luce dell’ormai consolidato orientamento, autorevolmente confermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le recenti pronunce 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, secondo cui, per prima, **la pubblica amministrazione ha il potere/dovere di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con norme comunitarie self executing**, se non altro perché *“Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all’adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell’Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.* 33. *Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva self-executing”,* carattere, questo, espressamente riconosciuto alla Direttiva Bolkenstein *“dalla Corte di giustizia nella sentenza Promoimpresa (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito...In secondo luogo, la prospettata distinzione, nell’ambito delle norme U.E. direttamente applicabili, fra i regolamenti, da un lato, e le direttive self-executing, dall’altro – al fine di ritenere solo le prime e non le seconde in grado di produrre l’obbligo di non applicazione in capo alla P.A. – si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive autoesecutive e nella artificiosa creazione di un’inedita categoria di norme U.E. direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della P.A. Di tale limitazione non vi è traccia nella giurisprudenza comunitaria, la quale, anzi, è da tempo orientata verso una progressiva valorizzazione dell’effetto diretto della direttiva self-executing (cui si riconosce una crescente incidenza anche nella disciplina dei rapporti orizzontali).* 34.3. *Infine, la tesi della non disapplicabilità da parte della P.A. della legge in contrasto con una direttiva self-executing cade in una contraddizione logica, che finisce per sterilizzarne ogni utilità pratica. Basti pensare che, anche ad ammettere che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l’atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anticomunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato. E allora, nel momento in cui la P.A. ha comunque deciso di “non applicare” quella legge (nel caso di specie, negando la proroga) e il privato ha sottoposto al vaglio giurisdizionale l’atto amministrativo frutto di quella non applicazione, il giudice, che*

*certamente ha il potere di non applicazione, non potrebbe che prendere atto della legittimità dell'atto e respingere il ricorso. Altrimenti si dovrebbe ritenere che nemmeno il giudice può disapplicare la legge che la P.A. ha applicato, con chiara violazione di consolidati principi sui rapporti tra ordinamenti nazionale e comunitario. In altri termini, delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini":* **così, testualmente, le sopra citate pronunce dell'Adunanza Plenaria**

Con il secondo motivo parte ricorrente sostiene che l'art. 181, comma 4-bis, non si ponga in contrasto con la direttiva comunitaria 2006/123/CE, **non rientrando le concessioni di posteggio sul suolo pubblico per la vendita al dettaglio nel campo di applicazione della direttiva stessa** e ciò secondo quanto previsto dagli artt. 7, comma 1, lett. f), e 16, comma 4 bis, del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, come modificato dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145.

**La censura è infondata.**

L'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE stabilisce che **"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"** (par. 1) e che, in tali casi, **"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"** (par. 2).

**Pertanto il presupposto applicativo della disciplina comunitaria è rappresentato dal "numero limitato di autorizzazioni disponibili" per lo svolgimento di una determinata attività, il che certamente si riscontra nel caso in esame, essendo evidente che il commercio al dettaglio su posteggi in area pubblica nell'ambito di un mercato è attività sottoposta a "contingente numerico" di posti disponibili, il che -oltre a imporre l'attribuzione degli stessi mediante procedura aperta e**

trasparente- osta alla proroga automatica delle concessioni già in essere (vedi Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere 2 agosto 2021 (cfr. n. AS1785, pubblicato sul Bollettino n. 36/2021).

**In questo senso depongono, altresì, le stesse pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sopra citate**, le quali -ancorché specificamente relative alle concessioni del demanio marittimo- hanno affermato, in termini generali, generale, che *“la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri...Queste considerazioni valgono anche per gli articoli da 9 a 13, che riguardano, nell'ambito di attività diverse, il rilascio di autorizzazioni da parte di pubbliche autorità e, in particolare, per l'art. 12, ai sensi del quale, “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”.*

**Ciò conduce, pertanto, a considerare illegittimi, e dunque a disapplicare, tanto il disposto di cui all'art. 181, comma 4 bis, del d.l. n. 34/2020 quanto le richiamate disposizioni del d.lgs. 59/2010 e s.m.i., non essendo consentito al legislatore nazionale introdurre norme contrastanti con direttiva comunitaria neppure in sede di (dichiarata) attuazione della stessa.**

Pertanto, sulla base di quanto esposto, il ricorso è infondato e deve essere respinto, pur sussistendo giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti ricorrenti.



Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati: *[omissis]*