

OMNIAVIS



**COMMERCIO SU AAPP E DIRETTIVA BOLKESTEIN
EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE
LEGGE SULLA CONCORRENZA 2022 – LEGGE 30 DICEMBRE 2023, N. 214**

-Gennaio 2024-

- **Evoluzione normativa**
- **Le osservazioni dell'AGCM**
- **La giurisprudenza amm.va**
- **Interrogazione UE su Bolkestein e commercio su AAPP del 2015**
- **Legge sulla concorrenza 2022**
- **Il comunicato del presidente Mattarella**

**A cura del dott. Mario Maccantelli
consulente Omniavis**

EVOLUZIONE NORMATIVA

In principio... vecchio regime giuridico con concessioni decennali rinnovabili in modo tacito senza bando né procedure. Neppure ci ponevamo il problema.

Direttiva 2006/123/CE – alias direttiva "Bolkestein" o direttiva "Servizi": ... *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.* Nel punto 62 del preambolo, leggiamo (vedi poi art. 12 della stessa direttiva):

Nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche, è opportuno prevedere una procedura di selezione tra diversi candidati potenziali, al fine di sviluppare, tramite la libera concorrenza, la qualità e le condizioni di offerta di servizi a disposizione degli utenti. Tale procedura dovrebbe offrire garanzie di trasparenza e di imparzialità e l'autorizzazione così rilasciata non dovrebbe avere una durata eccessiva, non dovrebbe poter essere rinnovata automaticamente o conferire vantaggi al prestatore uscente. In particolare, la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti...

D.lgs. n. 59/2010 – recepimento della direttiva Servizi - Vedi, soprattutto:

- **art. 16** "selezione fra diversi candidati" - no al rinnovo automatico delle concessioni; no ai vantaggi all'operatore concessionario uscente; durata adeguata all'ammortamento (**cfr. art. 12 della Direttiva**).

- art. 70 “commercio al dettaglio sulle aree pubbliche” - previsione di criteri tramite Conferenza unificata, anche in deroga alla Bolkestein, al fine di applicarli nei bandi per il rilascio delle concessioni che non potevano più essere rinnovate tacitamente.

Intesa della Conferenza Unificata 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.

Accordo della Conferenza Unifica sui Chioschi del 16/07/2015 e relativo Doc. Unitario delle Regioni del 24/03/2016 che, praticamente, trasla tutte le disposizioni dell'Intesa anche alle concessioni per i chioschi (lo ritroviamo nel 2020 sui rinnovi).

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.**

Il regime giuridico della proroga di cui al **DL n. 244/2016 ha fatto salva la possibilità di portare a conclusione tali procedure.** Quindi si può ritenere che le relative concessioni pluriennali già bandite e rilasciate (pochi comuni lo hanno fatto) abbiano una scadenza successiva al 31/12/2018.

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 (Intesa mai arrivata)*

Legge n. 145/2018 (30/12/2018 – legge di bilancio) – **NO all'applicazione della direttiva Bolkestein** – modifica al d.lgs. n. 59/2010 con l'abrogazione dell'art. 70 e l'**esclusione esplicita e totale del commercio su AAPP dal campo applicativo**. Il commercio su AAPP, quindi, esce dalla Bolkestein. **Il termine di scadenza del 31 dicembre 2020** resta comunque in vigore, la legge n. 205/2017 non viene abrogata. **Dopo una parabola di 8 anni si torna ai principi giuridici precedenti al d.lgs. n. 59/2010.**

Con l'abrogazione dell'art. 70 non solo viene meno l'applicabilità della Bolkestein ma anche il presupposto per l'applicabilità della Intesa del 2012 e di quella attesa che l'avrebbe dovuto modificare la prima (legge n. 205/2017).

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 (è venuta meno tutta la Bolkestein), **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 proprietario 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). **Si tratta di una verifica postuma e un rinnovo retroattivo che si aggancia al 31/12/2020 + 12 anni**

DL n. 41/2021 - Art. 26-bis – in vigore dal 22/05/21. 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 in materia di normativa emergenziale covid: i titoli abilitativi (in generale) *conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza*.

NB alla fine, lo stato di emergenza Covid è terminato il 31/03/2022 – quindi le concessioni hanno mantenuto la loro validità fino al **30/06/2022**

DL n. 73/2021 (in vigore dal 25 luglio 2021) come modificato dalla legge di conversione. Si precisa che anche i controlli di regolarità dei requisiti possono essere prorogati fino al termine di validità.

A.G.C.M. - RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO ALL'ART. 26-BIS – DOSSIER DELLE CAMERE

(si vedano anche gli interventi in collaborazione con il comune di Roma che poi hanno portato alla disapplicazione della normativa sui rinnovi taciti)

Ai sensi di quanto riportato nella relazione si comprende che l'ultima proroga (con la normativa Covid) 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 dà conto delle osservazioni dell'**AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**. 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 automatici.

**GLI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI – A.P. Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 09/11/2021
TAR Lazio, Roma, n. 530 del 18/01/2022 (e altre analoghe) – Consiglio di Stato n. 9104 del 19/10/2023
(appello su TAR Roma 530/2022)**

L'Adunanza Plenaria 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**. Anche se si tratta di Direttiva, i principi sono chiari ed espliciti. In quanto tali: piena applicabilità con obbligo di disapplicazione della normativa interna contrastante. **L'obbligo riguarda anche la PA senza previo passaggio giurisdizionale.**

I principi espressi dall'A.P. del CdS sono stati copiati e incollati nelle analoghe sentenze in materia di commercio su AAPP. Fra le varie vicende, merita citare il caso di Roma: l'Amministrazione comunale, con il supporto dell'AGCM, disapplica la normativa interna senza procedere con i rinnovi taciti (anti Bolkestein). Sia il TAR che il CdS riconoscono la legittimità dell'azione amministrativa capitolina.

Partiamo dall'Adunanza Plenaria del CdS - Il CDS enuncia tre principi

1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. **34/2020**, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. **Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.**

2. **Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A.** (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. **Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset**, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni

predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, **nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023**, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse 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.

Rammentiamo l'art. 12 della direttiva Bolkestein

Articolo 12 - Selezione tra diversi candidati

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.
3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di **obiettivi di politica sociale**, della salute e

della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della **salvaguardia del patrimonio culturale** e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Consiglio di Stato n. 9104/2023 (appello sul TAR Roma)

Contro la pronuncia di rigetto di primo grado i ricorrenti hanno proposto separati appelli, con cui si sostiene sotto plurimi profili che **i principi enunciati per il comparto delle concessioni demaniali marittime non sarebbero trasponibili a quello del commercio su area pubblica.** Mentre gli operatori del settore turistico-ricreativo titolari di concessione demaniale traggono la loro fonte di guadagno «dallo sfruttamento di una risorsa naturale», quelli del commercio su aree pubbliche non devono la loro redditività «allo sfruttamento del suolo pubblico ove questa viene esercitata», per cui **lo spazio loro assegnato sarebbe «perfettamente fungibile con altro spazio».** Inoltre, **il bene demaniale in questione difetterebbe sia della qualificazione di risorsa naturale, sia del carattere della scarsità.**

Afferma il CdS:

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 2006/123/CE...**

L'esclusione dell'attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del decreto legislativo n. 59/2010 e, quindi, della direttiva servizi si pone in diretto contrasto con le previsioni di tale direttiva, che, come sopra detto, prevedono in via tassativa le ipotesi di esclusione e tra esse non rientra il commercio su aree pubbliche... Tale conclusione è perfettamente in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una normativa regionale che escludeva il settore del commercio su aree pubbliche dall'ambito di applicazione dell'art. 16 del D. Lgs. n. 59/2010 e, quindi della direttiva servizi (Corte cost. n. 291/2012)...

... **le attività di commercio su aree pubbliche, contrariamente a quanto dedotto negli appelli, 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. Non persuadono sul punto le deduzioni con cui pongono in rilievo le asserite differenze che connoterebbero il settore turistico-ricreativo esercitato sul demanio marittimo rispetto al commercio su aree comunali. **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...**

... **Tra i due settori è quindi ravvisabile un minimo comune denominatore, dato dall'esistenza di una domanda che dal mercato si rivolge a risorse pubbliche, la cui limitatezza esige di regolarne l'accesso attraverso modelli imparziali di selezione**, quale quello dell'evidenza pubblica **sancito dall'art. 12** della direttiva 2006/123/CE...

...Devono infine essere disattesi gli argomenti incentrati sull'assenza di **interesse transfrontaliero** del settore economico oggetto di controversia e sul carattere non autoesecutivo della direttiva sui servizi del mercato interno. Quest'ultimo assunto è smentito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che con la già richiamata sentenza 30 gennaio 2018 (C-360/15 e C-31/16) **ha sancito il principio secondo cui la medesima direttiva si applica «non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato»** (§ 103) e dunque «anche in situazioni puramente interne» (§ 105).

INTERROGAZIONE PARLAMENTARE - E-010220/2015 - PARLAMENTO EUROPEO

Vedi: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-010220_IT.html

Domanda - Contrasto fra la direttiva Bolkestein e il decreto legislativo italiano
24/06/2015

Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-010220-15 alla Commissione
Articolo 130 del regolamento

Antonio Tajani (PPE) , Roberto Gualtieri (S&D)

Nel marzo 2010 la direttiva Bolkestein è stata recepita dall'Italia mediante il decreto legislativo n. 59. L'ambulante viene incluso nell'ambito di applicazione della normativa italiana, che introduce un divieto di

rinnovo automatico delle concessioni su base decennale, come previsto dal decreto legislativo n. 114/98 relativo al commercio su aree pubbliche.

L'effetto normativo di attuazione nazionale è estremamente negativo per il settore dell'ambulato, che ha sviluppato negli anni esperienze commerciali storiche e consolidate.

Va ricordato che il commercio ambulante, negli ultimi anni, è stato notevolmente liberalizzato, in quanto ogni comune italiano può liberamente disporre delle aree assegnate, variando il numero di posteggi e aree mercatali.

Dato che la direttiva Bolkestein disciplina il settore dei servizi nel Mercato interno, essa non dovrebbe applicarsi al settore degli ambulanti, regolato dal meccanismo delle rotazioni, che svolgono un'attività commerciale e non la prestazione di un servizio.

Esso inoltre non è interessato da «scarsità delle risorse naturali o capacità tecniche utilizzabili» e non gode di sfruttamento di beni pubblici in regime di monopolio.

Alla luce di quanto esposto, può la Commissione europea far sapere se è a conoscenza della normativa italiana sul settore degli ambulanti e se ritiene che il decreto legislativo italiano sia compatibile con la direttiva Bolkestein?

Risposta

Risposta di Elżbieta Bieńkowska a nome della Commissione
18/01/2016

Il commercio ambulante è una prestazione di servizi che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Se il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per motivi tecnici, come nel caso del commercio ambulante a causa del numero limitato di posti disponibili, **l'autorizzazione va rilasciata, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2 della direttiva, per una durata limitata adeguata senza dar luogo a rinnovi automatici.**

Secondo il considerando 62 della direttiva, la durata dell'autorizzazione rilasciata va fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto sia necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti. **Spetta allo Stato membro fissare, in conformità alla direttiva, la durata adeguata di tali autorizzazioni. L'adeguatezza della durata deve essere valutata caso per caso, tenendo conto dei vari elementi che entrano in gioco.**

LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2022 – LEGGE N. 214/2023 LE OSSERVAZIONI DEL CAPO DELLO STATO

Il legislatore prende atto della giurisprudenza e delle indicazioni dell'AGCM circa la necessità di applicare la direttiva 2006/123/CE alla materia del commercio su area pubblica. Tuttavia, se è vero che la legge riporta la materia nel campo applicativo del d.lgs. n. 59/2010 (quindi della direttiva Bolkestein),

contemporaneamente 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 le stesse questioni sulle quali si è sviluppata la giurisprudenza citata. 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>

Mattarella ha a cuore il contrasto istituzionale fra giustizia amm.va e parlamento/governo dal quale deriva un'estrema confusione per gli Enti locali chiamati ad applicare la normativa. In altre parole, da una parte c'è il legislatore italiano protezionista al limite del corporativismo, dall'altra c'è l'apparato giudiziario amministrativo interno, la Corte di Giustizia UE e, in generale, la cogenza del diritto dell'Unione sovraordinato a quello interno. Ricordiamo che è aperta una procedura di infrazione.

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

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 genarle funzione del governo del territorio e di programmazione commerciale. 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 lege* senza 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».

PER APPROFONDIRE

D.Lgs. n. 106/2023 - Attuazione della delega di cui all'articolo 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118, per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici. In vigore dal 25 agosto 2023 – SINCOBEP “Sistema Informativo di rilevazione delle Concessioni di Beni Pubblici”

Tar Lecce n. 743/2022 e rinvio Corte Ue - Sentenza UE 20 aprile 2023 - Causa C-348/2

DL n. 198/2022 - art. 10-quater. Tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali. In vigore dal 23 giugno 2023 (si cerca di dimostrare che la risorsa non è scarsa – potrebbe essere una strada anche le concessioni AAPP)

Messa in mora dell'Italia – procedura di infrazione – parere motivato del 16/11/2023 da parte della Commissione UE (riguarda le concessioni balneari ma potrebbe riverberare sulla materia del commercio su AAPP).