



I A I C



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

28 dicembre 2023

L'applicazione della direttiva servizi in Italia: il caso della riforma
delle concessioni per il commercio al dettaglio su aree pubbliche

Federico Pirari

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Pàz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue



Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTIRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referendum ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.

2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.

3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.

4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione — www.dimt.it — dimt@unier.it

ANTONINA ASTONE, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, VALENTINA DI GREGORIO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MASSIMO FARINA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MARIA PIA PIGNALOSA, MATILDE RATTI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8088355, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

L'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA SERVIZI IN ITALIA: IL CASO DELLA RIFORMA DELLE CONCESSIONI PER IL COMMERCIO AL DETTAGLIO SU AREE PUBBLICHE

Federico Pirari

Abstract: *Il contributo si pone l'obiettivo di descrivere il tormentato rapporto tra il legislatore italiano e le norme europee volte alla tutela della concorrenza. In particolare verrà esaminato il caso del c.d. «commercio ambulante», oggetto di riforma nella legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2022, pubblicata in G.U. in data 30 dicembre 2023 con legge n. 214. L'approvazione della legge in questione concorre inoltre all'attuazione del PNRR, nonché a scongiurare il proseguimento della procedura di pre- infrazione 2020/2095. Ciononostante, benché tale intervento costituisca un tentativo di liberalizzazione delle concessioni, risultano volte a vantaggio degli attuali concessionari e pertanto contrarie al principio di concorrenza, sia le norme concernenti il regime transitorio, sia la previsione relativa alle concessioni non interessate dai procedimenti di rinnovo, anche in deroga al termine previsto nel titolo. Tali criticità sono state oggetto di monito da parte del Quirinale, che ha esortato il Parlamento ed il Governo ad intervenire per scongiurare contrasti con il diritto europeo.*

Abstract: *The aim of this paper is to describe the turbulent relationship between the Italian legislator and the European standards aimed at protecting competition. In particular, the case of the so-called 'itinerant trade' will be examined, which is the subject of reform in the annual Law for the Market and Competition for the year 2022, published in the G.U. on 30 December 2023 no. 214. The approval of this law also contributes to the implementation of the NRRP, as well as to averting the continuation of the 2020/2095 pre-infringement procedure. However, although this intervention constitutes an attempt to liberalise concessions, both the rule on the transitional regime and the provision on concessions not affected by the renewal procedures, even in derogation of the end laid down in the title, appear to be to the advantage of the*

current concessionaires, and therefore contrary to the principle of competition. These critical issues have been the subject of a warning from the Quirinale, which has urged Parliament and the Government to intervene in order to avoid conflicts with European law.

SOMMARIO: 1. Disciplina del mercato del commercio su aree pubbliche: brevi cenni – 2. Il principio di concorrenza e le criticità legate alle concessioni amministrative – 3. Le sentenze nn.17 e 18 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 4. Il tentativo di riforma contenuto nella Legge sul mercato e la concorrenza per l'anno 2022 – 5. Conclusioni

1. Disciplina del mercato del commercio su aree pubbliche: brevi cenni

Originariamente disciplinato dalla l. 5 febbraio 1934, n.227, poi dalla l. 18 maggio 1976 n. 398 ed infine dalla l. 28 marzo 1991, n.112, ad oggi il settore del commercio per la vendita al dettaglio di beni su aree pubbliche¹ è regolato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, il quale demanda agli enti territoriali le funzioni di gestione del settore in termini operativi, attribuendo piena autonomia ai medesimi in virtù degli articoli 114, c. 2, 117, c. 5 secondo periodo e 118, commi 1 e 2 Cost, così come riformati dalla l. cost. 3/2001.

Il commercio al dettaglio su aree pubbliche rientra nel più ampio mercato della distribuzione all'ingrosso, definito come l'attività di vendita di beni e servizi i cui contraenti sono i grossisti ed i commercianti al dettaglio². Questi svolgono un ruolo di intermediazione tra le imprese di produzione e le aziende di distribuzione al dettaglio, svolgendo una serie di attività quali acquisto dei

¹ Per una più ampia disamina della disciplina del commercio cfr. A. ORLANDO, *Il commercio*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Tomo IV, *La disciplina dell'economia*, pag. 3529 e ss., Giuffrè editore, Milano, 2003; mentre per un'analisi storica dell'organizzazione amministrativa del commercio cfr. V. CAPORASO, *Commercio (organizzazione amministrativa)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, pag. 820 e ss. e G. FONDERICO, *Il comune regolatore, Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.

² Cfr. A. FORTUNA, *I mercati comunali all'ingrosso*, in M. MARIANI (a cura di), *Diritto dei servizi pubblici* pag. 784, Key Editore, Milano, 2022.

beni, la gestione dell'assortimento e del frazionamento delle partite, la vendita e la promozione, il deposito, lo stoccaggio e la gestione delle scorte, il trasporto, il finanziamento, l'assunzione del rischio, la consulenza e servizi di management e, infine, l'inserimento in nuovi mercati.

Il decreto in parola contiene poi le definizioni delle varie tipologie di soggetti esercenti, delle modalità di esercizio e delle strutture distributive. Più precisamente, l'articolo 27, c. 1, lett. a) definisce l'attività di commercio al dettaglio su aree pubbliche come *«la vendita di merci al dettaglio e la somministrazione di alimenti e bevande effettuate sulle aree pubbliche, comprese quelle del demanio marittimo o sulle aree private delle quali il comune abbia la disponibilità, attrezzate o meno, coperte o scoperte»*. Inoltre, l'articolo 28, c. 3, stabilisce che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche mediante l'utilizzo di un posteggio sia rilasciata, in base alla normativa emanata dalla regione, dal sindaco del comune sede del posteggio ed abiliti anche all'esercizio in forma itinerante nell'ambito del territorio regionale.

In particolare, esso può essere svolto, previo rilascio del titolo autorizzatorio da parte del comune, sia in forma itinerante che fissa. Nel primo caso, l'attività commerciale si svolgerà in aree date in concessione, i posteggi, mentre nel secondo caso l'attività potrà svolgersi su qualsiasi zona qualificata come area pubblica.

Infine, il d.l. del 28 febbraio 1983, n.55, conv. dalla l. 26 aprile 1983, n.131, prevede che le spese ed i ricavi dalla gestione da parte dei Comuni dei mercati e delle fiere attrezzate rientrino nei servizi pubblici a domanda individuale, mentre l'articolo 63 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 attribuisce agli enti locali la possibilità di prevedere, per le occupazioni di aree appartenenti al proprio demanio o patrimonio indisponibile, il pagamento di un canone determinato in base ad un'apposita tariffa, suscettibile di essere eventualmente aggiornata.

2. Il principio di concorrenza e le criticità legate alle concessioni amministrative

La libertà di stabilimento costituisce un pilastro cardine del progetto europeo. Disciplinata all'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

europea (d'ora in avanti «TFUE»)), rappresenta insieme alla libera circolazione dei servizi, delle merci e dei capitali, una delle quattro libertà fondamentali.

Ai sensi dell'articolo 57 TFUE, si definisce «servizio» il complesso delle attività svolte a titolo oneroso e non disciplinate dalle norme relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone, mentre, come indicato dall'articolo 49, par. 2, TFUE, la libertà di stabilimento comporta l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio.

I servizi possono avere carattere di interesse generale al fine di soddisfare un bisogno della collettività ovvero industriale o commerciale. Questi infatti rappresentano il motore dell'Unione europea, si pensi solo che i servizi pubblici e commerciali rappresentano oltre il 70% del Prodotto interno lordo (d'ora in avanti «PIL») della maggior parte degli Stati membri dell'Unione³.

Con riferimento ai servizi commerciali, la direttiva 123/CE/2006 sui servizi nel mercato interno (conosciuta anche come «Direttiva Servizi» o «Direttiva *Bolkestein*», dal nome del commissario europeo per il mercato interno della Commissione Prodi che la propose e sostenne) ha eliminato le barriere alla sua piena attuazione introducendo un quadro giuridico generale diretto a rendere l'esercizio della libertà di stabilimento per i fornitori di servizi e la libera circolazione dei servizi più agevole, pur mantenendo un elevato *standard* di qualità dei prodotti. Tali obiettivi sono stati raggiunti attraverso una semplificazione normativa e amministrativa, rispettosa dei principi di concorrenza e non discriminazione.

L'articolo 12 della direttiva, con riferimento ai regimi autorizzatori, prevede che qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali ovvero delle capacità tecniche, gli Stati membri sono tenuti a prevedere una procedura di selezione tra i candidati potenziali, improntate su criteri di imparzialità e trasparenza, nonché un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento. In tali casi è espressamente prescritto che l'autorizzazione debba essere rilasciata «*per una durata limitata adeguata*» e che questa non possa «*prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi*

³ Cfr. M. MARIANI, *Evoluzione storica, cornice ordinamentale e principi generali*, p. 40, in M. MARIANI (a cura di), op. cit.

al prestatore uscente». Come sottolineato nella «Comunicazione Europa 2020» la piena attuazione della direttiva da parte degli Stati membri potrebbe aumentare gli scambi nei servizi commerciali del 45% e negli investimenti diretti esteri del 25%, con un aumento del PIL compreso tra lo 0,5% e l'1,5%.

Nonostante tali auspici, in alcuni mercati, caratterizzati dall'uso dello strumento delle concessioni amministrative⁴, si registrano gravi criticità di natura concorrenziale, non giustificate da esigenze di interesse generale ma, piuttosto, da un'esigenza di salvaguardare i concessionari in essere, il che costituisce una barriera all'ingresso di nuovi operatori economici. Infatti le autorità, pur restando libere di decidere in merito alle modalità di gestione di alcuni servizi, devono in ogni caso rispettare il principio di concorrenza. Ciononostante, è noto come in numerosi casi le amministrazioni limitino discrezionalmente l'accesso a un numero circoscritto di imprese, i quali si trovano conseguentemente in posizione privilegiata rispetto agli altri operatori economici.

Proprio per tali ingiustificate restrizioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti «AGCM» o «Autorità») fin dai primi anni dalla sua istituzione, ne ha segnalato la presenza nelle procedure di aggiudicazione dei posteggi, invitando gli enti pubblici territoriali e nazionali ad adeguare il ricorso alle concessioni ad esigenze di mercato⁵.

L'Autorità, nella sua attività di *advocacy*⁶, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in data 20 dicembre 2018⁷, ha evidenziato tali criticità, con specifico riferimento:

- alla necessità della regola della gara pubblica nell'affidamento delle concessioni qualora l'ente pubblico abbia optato per l'esternalizzazione della gestione del servizio;

⁴Cfr. R. CAPONIGRO, *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2023, pag. 15 e ss..

⁵Cfr. AS026 - *Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità* (Art. 24 l. 287/90 - Relazione al Governo su alcuni settori), 1° luglio 1994, in *Boll.* 25-26/1994 e AS152 *Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative*, 28 ottobre 1998, in *Boll.* 42/1998.

⁶ Per una disamina dei poteri di *advocacy* dell'AGCM cfr. I. PICCIANO, *I poteri di advocacy*, in A. CATRICALÀ, C. EDOARDO CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, pag. 1157 e ss.

⁷ Cfr. AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, 20 dicembre 2018, in *Boll.* 48/2018

- all'ampiezza dell'affidamento, tale da non essere ingiustificatamente esteso ad altre attività che sarebbero potute essere oggetto di gara, e alla prescrizione di ridurre al minimo le concessioni in esclusiva;
- ai criteri di selezione, da adottarsi in modo tale da rimuovere ogni ostacolo economico all'ingresso di nuovi operatori mediante eliminazione dai bandi di gara di criteri di selezione quali i casi di preferenza per i gestori uscenti ovvero, per l'anzianità acquisita del criterio della maggiore o minore anzianità;
- la durata delle concessioni, che dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di precludere l'accesso al mercato.

Un ambito dove queste criticità sono state registrate più volte e recentemente oggetto di riforma, è rappresentato dalle modalità di concessione dei posteggi per l'esercizio della vendita al dettaglio, ossia il c.d. "commercio ambulante"⁸.

La Direttiva Servizi era stata recepita tramite gli artt. 16 e 70, c. 5, del d.lgs 26 marzo 2010, n. 59, secondo i quali, a seguito dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, dovevano essere individuati i criteri per il rilascio ed il rinnovo della concessione dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche. Detta intesa era stata adottata nel 2012⁹, e attuata con Documento delle Regioni e Province autonome del 24 gennaio 2013, all'interno del quale è stata prevista una durata massima delle concessioni pari a 12 anni ed è stato altresì stabilito che comunque le concessioni dei posteggi per le aree pubbliche adibite al commercio al dettaglio già rinnovate dovessero essere prorogate sino al maggio del 2017. Quanto ai criteri da applicare nelle procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche, il Comune era tenuto a fissare la durata della concessione, che non poteva «essere inferiore ai nove anni, né, nel caso siano (...) necessari rilevanti investimenti materiali, superiore ai dodici anni», e, nei mercati a carattere turistico doveva essere «comunque non inferiore a sette anni» (punto 1). Fermo restando che, il criterio

⁸ Cfr. M. NUNZIATA, *La concessione dei posteggi per il commercio tra vincoli europei e certezza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto Pubblico Comunitario*, 1, 1° febbraio 2022, pag. 31 e ss.

⁹ Cfr. Intesa n.83/CU del 5 luglio 2012.

prioritario di assegnazione previsto dall'Intesa doveva essere quello della maggiore professionalità acquisita, definita in base all'anzianità di esercizio dell'impresa, anche nello specifico posteggio oggetto di selezione, suscettibile di ricevere una specifica valutazione nel limite del 40% del punteggio complessivo (punto 2 dell'Intesa del 2012).

Fin dall'introduzione all'interno del nostro ordinamento dell'articolo 12 della Direttiva servizi attraverso l'articolo 16 del d.lgs. n. 59/2010, la Corte Costituzionale era intervenuta¹⁰ dichiarando l'illegittimità di disposizioni regionali volte a prevedere la non applicazione al commercio su aree pubbliche del regime previsto nella direttiva. Nella citata pronuncia, la Consulta ha rilevato come le norme in questione siano da ascrivere alla tipologia delle disposizioni tendenti ad assicurare procedure concorsuali di garanzia così da consentire «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici»¹¹, e tali da essere ricomprese, secondo la giurisprudenza costituzionale, nella nozione di concorrenza, la quale «non può che riflettere quella operante in ambito comunitario»¹². Quanto alle possibilità di rinnovo, o di proroga delle concessioni in essere, la Corte si era già espressa negativamente, richiamando l'articolo 117, c. 1, Cost., che sancisce il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento euro unitario nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni¹³. Tuttavia, tramite il Decreto Milleproroghe del 2016¹⁴, tale termine di scadenza al maggio 2017 è stato dapprima esteso al 31 dicembre 2018 e, successivamente, tramite la legge di bilancio 2018, nuovamente prorogato al 31 dicembre 2020.

In tale contesto il legislatore, attraverso la legge di bilancio per l'anno 2019 ha escluso l'intero settore del commercio su aree pubbliche dall'ambito di applicazione della Direttiva Servizi, benché si trattasse di attività economiche per le quali il numero dei titoli autorizzatori risultasse limitato. In virtù di tale

¹⁰Cfr. Corte cost. sent. n.291 dell'11 dicembre 2012.

¹¹Cfr. Corte cost. sent. n. 401 del 19 novembre 2007, par. 6.7 con nota a sentenza di R. DE NICTOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007* in *Federalismi*, n.23, 5 dicembre 2007.

¹² Cfr. Corte cost. sent. nn. 270 e 45 del 2010, nonché n. 401 del 2007.

¹³ Cfr. *ex multis* Cort cost. sentt. n. 340, n. 233 e n. 180 del 2010 e n. 205 del 2011.

¹⁴ Cfr. art. 6, c. 8, del d.l. n.244 del 2016, conv. con modificazioni dalla l. 27 febbraio 2017, n.19.

intervento, contrario al principio di concorrenza e non discriminazione, non trovavano più applicazione le disposizioni normative che imponevano di individuare i prestatori all'esito di una procedura selettiva, secondo criteri trasparenti e non discriminatori, volte a stabilire una durata dei titoli autorizzatori limitata e non soggetta a rinnovo automatico. Con tale legge è stato altresì abrogato l'art. 70 del d.lgs. 59/2010, che, al c. 5, demandava all'Intesa in sede di Conferenza unificata Stato – Regioni il compito di individuare «*anche in deroga all'art. 16 del presente decreto*» i criteri di rilascio e rinnovo della concessione di posteggio. Tale indirizzo ha poi trovato ulteriore conferma nelle linee guida di cui ai punti 6, 7 e 9 dell'Allegato A al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 novembre 2020.

La scelta del legislatore ha provocato delle contestazioni da parte della Commissione europea con la procedura di pre-infrazione 2020/2095, mediante la quale ha invitato l'Italia a far rientrare la materia del c.d. commercio ambulante nell'ambito di applicazione del d.lgs. n.59/2010 di recepimento della Direttiva Servizi.

I successivi interventi normativi si sono avuti durante il periodo di emergenza dovuto al diffondersi del SARS-CoV-2. In tale contesto, il legislatore, è intervenuto inizialmente con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. «Decreto Rilancio»), convertito in l.17 luglio 2020, n. 77, estendendo all'articolo 181, c. 4-*bis*¹⁵, la proroga delle concessioni in scadenza.

Nel decreto in parola, nel quale si può dire che il legislatore abbia introdotto delle criticità concorrenziali abusando dello strumento della proroga delle

¹⁵ «(...) 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, 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».

concessioni amministrative in diversi settori¹⁶, sono state nuovamente prorogate al 2032 le concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche in scadenza¹⁷, ed è stato nel contempo previsto che eventuali posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione dovessero essere assegnati «*in via prioritaria e in deroga a qualsiasi criterio*» agli aventi titolo, senza l'espletamento di alcuna procedura ad evidenza pubblica¹⁸. Sempre nel periodo emergenziale, il legislatore ha poi introdotto l'articolo 26-*bis* del d.l. 22 marzo 2021, n.41, conv., con modificazioni, dalla legge 21 maggio 2021 n.69, stabilendo che alle assegnazioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche debba applicarsi il termine finale di cui all'articolo 103, c. 2¹⁹, del d.l. 17 marzo 2020, n.18, conv., con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2020, n.27, e, conseguentemente, che le dette assegnazioni avrebbero conservato la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza sanitaria, indipendentemente dal termine previsto nel titolo concessorio, restando salva l'eventuale maggior durata prevista. Successivamente, con l'articolo 56-*bis* della legge 23 luglio 2021, n. 106, il legislatore ha stabilito che i comuni possano concludere il procedimento amministrativo di rinnovo delle concessioni di aree pubbliche, ai sensi di quanto previsto dalle Linee guida di cui all'allegato A al d.m. del Ministro dello sviluppo economico 25 novembre 2020, entro il termine di cui all'articolo 26-*bis* del d.l. 22 marzo 2021, n.41, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 maggio 2021, n. 69.

¹⁶ Cfr. la segnalazione AS1684, *Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio*, in *Boll.* n. 28/2020, nonché R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, parte generale e speciale, pag. 504, XIV, Nel diritto Editore, Roma.

¹⁷ Art. 181 c. 4-*bis* del d.l. n.34 del 2020, convertito dalla l. n.77/2020, cfr. inoltre B. CARAVITA - G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi*, n. 20/2021, pag. 1 ss.

¹⁸ Art. 181, c. 4-*ter* cit.

¹⁹ «*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 (...)*».

3. Le sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

A seguito dell'entrata in vigore delle norme così introdotte durante il periodo emergenziale, sono stati diversi i comuni che hanno avviato i procedimenti amministrativi volti al rinnovo delle concessioni per i posteggi.

In tale particolare contesto, caratterizzato dall'esclusione del mercato dei posteggi per il commercio su aree pubbliche dall'ambito della Direttiva Servizi e dalla proroga al 2032 per i concessionari uscenti, sono intervenuti, al fine di riportare nel quadro delle regole europee la materia *de qua*, l'AGCM e la giustizia amministrativa.

Nel febbraio del 2021, l'Autorità, nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 21 della l. 287/1990, interpellata dal Comune di Roma²⁰, ha formulato delle osservazioni in merito alla disciplina al tempo vigente, lamentando che le modifiche apportate negli anni al d.lgs. n. 59/2010, con le norme del decreto rilancio e le conseguenti determinazioni ministeriali, si ponevano in contrasto con le disposizioni costituzionali ed euro unitarie, poste a presidio della libertà di iniziativa economica e della tutela della concorrenza, in quanto idonee a restringere indebitamente l'accesso e l'esercizio di un'attività economica.

A tal proposito l'Autorità ha rilevato che «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, nei quali sono state più volte evidenziate le criticità concorrenziali connesse alla durata eccessivamente lunga delle concessioni e al rinnovo delle stesse senza adeguate procedure di selezione ad evidenza pubblica o secondo criteri di preferenza dei prestatori uscenti, idonei a cristallizzare gli assetti di mercato»²¹. Ed in particolare, ha sottolineato come:

²⁰ Cfr. AS1721 – *Disciplina delle concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica*, 15 febbraio 2021, in *Boll.* 9/2021.

²¹ Cfr., tra gli altri, il parere AS1335, *Affidamento delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche*, in *Boll.* n. 46/2016, la segnalazione AS1550, *Concessioni e criticità concorrenziali*, in *Boll.* n. 48/2018, il parere AS1638, *Regione Lazio – Testo unico del commercio-durata delle concessioni dei posteggi*, in *Boll.* n. 2/2020 e il parere AS1678, *Regione Campania - Aspetti restrittivi in materia di commercio su aree pubbliche e distribuzione dei carburanti*, in *Boll.* n. 26/2020.

- l'esclusione dell'attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del d.lgs. 59/2010 contrasti con la puntuale individuazione dei settori esclusi dalla Direttiva Servizi²², i quali devono considerarsi, in quanto eccezione al principio di liberalizzazione, in maniera tassativa;
- la necessità di prevedere una durata limitata alla concessione e di seguire procedure ad evidenza pubblica caratterizzate da criteri trasparenti e non discriminatori costituisca un principio generale dell'ordinamento europeo, finalizzato alla rimozione di barriere all'entrata per l'accesso ai mercati e non giustificate restrizioni della concorrenza, richiamando anche la Direttiva 2014/23/UE, per cui occorre succintamente motivare la necessità di prevedere una durata superiore ai cinque anni²³;
- la contrarietà della richiamata disciplina alla giurisprudenza, sia europea che nazionale, la quale ha sempre ribadito «l'illegittimità di previsioni volte a disporre proroghe automatiche al concessionario uscente, in quanto di per sé ostative a qualsiasi forma di selezione, necessaria ogni qual volta occorra assegnare un bene pubblico per l'esercizio di attività suscettibili di apprezzamento in termini economici²⁴».

A seguito di tali rilievi, molti dei procedimenti di rinnovo delle concessioni dei posteggi non hanno mai trovato conclusione, sebbene la segnalazione di cui all'articolo 21 della l.287/1990 non avesse efficacia vincolante, mentre altri comuni, tra cui Roma e Milano, li hanno annullati in via di autotutela.

Quanto sopra è stato ulteriormente avvalorato dalle sentenze nn.17 e 18 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁵. Le

²² Cfr. considerando da 10 a 27, nonché l'art. 2 della dir. servizi.

²³ Cfr. considerando n.52 e articolo 18, nonché l'articolo 3, che stabilisce il principio generale di parità e non discriminazione fra concorrenti nell'accesso alle concessioni.

²⁴ Cfr. CGUE 14 luglio 2016, causa C-458/14, *Promoimpresa Srl*, ECLI:EU:C:2016:558, CGUE 30 gennaio 2018, causa C-60/15, *Vesser*, ECLI:EU:C:2018:44 con commento di B. LAGEDER, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in D. GRANARA (a cura di) *In litore Maris. Poteri e diritti di fronte al mare. Atti del convegno di Sestri Levante*, 15-16 giugno 2018, Torino, 2019, 165 e ss; nonché, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, sentenza dell'11 luglio 2019 n. 874 in *Giust. Amm.*

²⁵ Cfr. ROBERTO CARANTA, *Concessioni demaniali - Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in *Giur. It.*, n. 5, 1° maggio 2022, p. 1204, M. SANTINI, *Save the date dalla Plenaria per le gare balneari: prime note (su tasti bianchi)*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 1 gennaio 2022, p. 53, N. PAOLANTONIO, *Le concessioni demaniali marittime, oggi e domani. Alcune riflessioni de jure condito et condendo*, in *Scritti*

questioni alla base delle pronunce delle sentenze citate traevano origine da una pronuncia del TAR Lecce²⁶ e del TAR Catania²⁷, i quali si erano discostati dalla prassi giurisprudenziale maggioritaria, riconoscendo il potere–dovere di disapplicazione della normativa interna confliggente con quella euro unitaria solo in capo al giudice amministrativo, e non anche in capo alla pubblica amministrazione, in quanto questa non è legittimata all'accertamento della natura *self-executing* delle direttive²⁸, ma è vincolata all'applicazione della norma nazionale. In virtù di tali considerazioni, i predetti giudici amministrativi, avevano inoltre negato la natura *self-executing* della Direttiva *Bolkestein*.

Con decreto n.160/2021, ai sensi dell'art. 99, c. 2, c.p.a., il Presidente del Consiglio di Stato convocava l'Adunanza Plenaria al fine di risolvere le seguenti questioni di diritto:

- *«se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva»;*

in onore di Maria Immordino; M. TIMO, Concessioni balneari senza gara ... all'ultima spiaggia, in Riv. giur. dell'edilizia, 5/2021, 1596 ss.; F.A. BELLO, Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in giustiziainsieme.it, 11/2021; E. CANNIZZARO, Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato, in giustiziainsieme.it, 12/2021; G. GRECO, Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale, in Eurojus.it, 1/2022.

²⁶ TAR Puglia, sez. dist. Lecce, Sez. I, n. 73 del 15 gennaio 2021, in *Giust. Amm.*

²⁷ TAR Sicilia, sez. dist. Catania, Sez. III, n. 504 del 15 febbraio 2021, in *Giust. Amm.*

²⁸ Sulle direttive europee e sulle altri fonti normative del diritto dell'Unione europea cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea – Parte istituzionale*, VIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, pag. 321 e ss.

- *«nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio»;*
- *«se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145».*

I giudici di Palazzo Spada, sostituendosi al legislatore inerte, hanno così stabilito i seguenti principi in materia di concessioni amministrative:

- *«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 euro unitario, 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»;*
- *«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».

Sebbene la sentenza n. 18 sia stata annullata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per diniego di giurisdizione lo scorso 23 novembre 2023²⁹, come recentemente ricordato dai giudici di Palazzo Spada, la sentenza n.17 non risulta essere stata impugnata, con la evidente conseguenza *«che eventuali proroghe delle concessioni disposte dai comuni risultano tamquam non esset»*³⁰.

Come precedentemente accennato, benché tali principi riguardino un settore diverso, tali considerazioni possono essere applicate alle concessioni di posteggio per il commercio al dettaglio, in quanto si tratta di servizi che – al pari delle concessioni balneari con finalità turistico ricreative – comportano l'utilizzo di un bene pubblico per lo svolgimento di un servizio.

Infatti, il I TAR Lazio³¹ ha sostanzialmente fatto applicazione dei principi enunciati dall'Adunanza plenaria, rigettando i ricorsi avverso le determine in autotutela del Comune di Roma. Inoltre, il giudice amministrativo³² già in precedenza aveva previsto la disapplicazione delle norme contenute nel decreto rilancio in quanto contrario al diritto europeo e ha stabilito al 31 dicembre 2023 il termine di efficacia delle concessioni aventi ad oggetto i posteggi di

²⁹ Inoltre, con riferimento ai principi di diritto afferenti la questione delle proroghe per le concessioni balneari con finalità turistico ricreative, i giudici di Piazza Cavour hanno ribadito come tale compito spetti al Consiglio di Stato, anche alla luce delle sopravvenienze legislative intercorse successivamente alla sentenza impugnata.

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 11200 del 27 dicembre 2023, in *Giust. Amm.*

³¹ TAR Lazio, Sez. II *ter*, nn. 539 del 2021 e 8136 del 2022, in *Giust. Amm.*

³² TAR Lazio, sez. III *bis*, n. 539 del 2021, in *Giust. Amm.*

aree pubbliche volti al commercio al dettaglio. La legittimità della disapplicazione è stata nuovamente confermata in appello dal Consiglio di Stato³³.

Quanto rilevato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale è stato poi confermato, nella scorsa primavera, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi a seguito di una domanda pregiudiziale vertente sulla validità della direttiva servizi, nonché sull'interpretazione dell'articolo 12 di detta direttiva e degli articoli 49 e 115 TFUE³⁴. Con la sentenza del 20 aprile 2023³⁵, i giudici di Lussemburgo hanno quindi ribadito l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria, riconoscendo la natura *self-executing* della Direttiva Servizi e prevedendo che l'articolo 12 citato debba essere interpretato come un precetto immediatamente applicabile e produttivo di effetti, in quanto l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra operatori economici, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione per una data attività è enunciato in modo incondizionato e sufficientemente preciso.

4. Il tentativo di riforma contenuto nel disegno di legge sul mercato e la concorrenza per l'anno 2022

Nel marzo del 2021³⁶ l'AGCM suggerì al governo di includere nella legge annuale per la concorrenza ed il mercato la liberalizzazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche, ma tale invito non venne raccolto da parte

³³ Cons. St., sez. VII, sentenza del 19 ottobre 2023, n.9104, con commento di C. CONTESSA, in *Giur. It.*, n. 12, 1° dicembre 2023, p. 2561.

³⁴ «Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune».

³⁵ CGUE, in causa C-348/22, AGCM c. COMUNE DI GINOSA, sent. del 20 aprile 2023, ECLI:EU:C:2023:30, con nota di E. CHITI, *Le concessioni demaniali marittime e la Corte di Giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 1° settembre 2023, p. 629.

³⁶ Cfr. AS1730 - *Proposte di riforma concorrenziale relative ai settori dell'energia elettrica e del servizio idrico integrato ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2022*, 22 marzo 2022, pag. 29, in *Boll.* 13/21.

del legislatore³⁷. Ciononostante, la legge annuale per l'anno 2022 - la cui adozione era prevista nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (c.d. «PNRR») entro il quarto trimestre del 2023, nonché dall'articolo 47 della legge del 23 luglio 2009, n. 99 - si è posta, con l'articolo 11, l'ambizioso obiettivo di porre fine alla delicata questione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche, in modo da uniformare la disciplina nazionale a quanto prescritto dalla Direttiva Servizi.

L'articolo 11 della legge in commento, prevede:

- al comma 1, che le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche siano rilasciate attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica per una durata di dieci anni, fermo restando il rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, secondo quanto stabilito dalle Linee Guida adottate dal Ministero delle imprese e del *made in Italy*, a seguito di una previa intesa da adottare in sede di Conferenza unificata da approvare entro tre mesi dall'entrata in vigore del provvedimento;
- le già menzionate linee guida dovranno contenere esplicite clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale, promuovere la valorizzazione dei requisiti dimensionali delle microimprese e, infine, prevedere un numero massimo di concessioni per le quali ciascun operatore può essere titolare, possessore o detentore, a qualsiasi titolo;
- al comma 3 si prevede un obbligo di ricognizione annuale delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche da parte delle amministrazioni competenti le quali, una volta verificata la disponibilità di aree contendibili, avviano procedure selettive con cadenza annuale;
- un regime transitorio nel quale devono essere ricomprese le concessioni già assegnate ai sensi dell'articolo 181, commi 4-*bis* e 4-*ter*, del d.l. 19 maggio 2020, n.34, convertito, con modificazioni, con Legge 17 luglio 2020, n.77;
- quanto procedimenti di rinnovo di cui all'articolo 181, c. 4-*bis*, del c.d. decreto rilancio, in scadenza all'entrata in vigore della legge di conversione di detto decreto erano in scadenza al 31 dicembre 2020 e che non saranno

³⁷ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La legge annuale sulla concorrenza e la sua difficile attuazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.2, 1° marzo 2023, pag. 147.

conclusi all'entrata in vigore del provvedimento in esame, lo stesso regime transitorio stabilisce che i procedimenti di rinnovo dovessero essere definiti secondo il disposto dell'articolo 181, fermo restando che, una volta concluso il rinnovo, l'amministrazione possa intervenire in autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n.241 in caso di successiva conoscenza dell'assenza dei requisiti di onorabilità e professionalità dei titolari delle relative concessioni, ovvero di altri requisiti prescritti;

- ed inoltre, al comma 6, che le concessioni non oggetto di rinnovo o proroga, possano conservare la loro validità sino al 31 dicembre 2025 (termine novellato da un emendamento presentato nella IX Commissione permanente del Senato, originariamente il termine era il 31 dicembre 2024);
- infine, l'abrogazione degli articoli 7, c. 1, lettera f-*bis* e 16, c. 4-*bis* del d.lgs. 59/2010, così come modificato dalla legge di bilancio del 2019, l'articolo 1, c. 1181 leggi di bilancio del 2018 e l'articolo 1, c. 686, lett. a) e b) della legge di bilancio 2018; abrogazioni queste, che, come segnalato dal Ministro delle imprese e del *made in Italy* nel comunicato alla presidenza dell'11 luglio 2023, trovano fondamento sotto il profilo funzionale al superamento delle contestazioni mosse dalla Commissione europea nella procedura di pre-infrazione 2020/2095.

Intervenuto in sede di audizione³⁸, il Presidente dell'AGCM ha mosso delle obiezioni al presunto tentativo di liberalizzazione del settore, in particolar modo con riferimento al regime transitorio previsto all'interno dell'articolo 11, il quale appare non in linea con i principi affermati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria. In particolare ha sottolineato:

- la riforma *de qua* ha fatto salve le concessioni già assegnate con gara e quelle già rinnovate per mano dell'articolo 181, c. 4-*bis* del Decreto Rilancio, favorite inoltre dalla previsione secondo la quale, ove alla data di entrata in vigore della legge, il procedimento di rinnovo non sia ancora concluso per qualsiasi causa, compresa l'eventuale inerzia dei comuni, il procedimento medesimo dovrà essere comunque concluso

³⁸ Cfr. Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Roberto Rustichelli in merito all'AS795 Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022, 5 settembre 2023.

entro sei mesi, trascorsi i quali le concessioni si intenderanno comunque rinnovate, salva l'adozione di determinazioni in autotutela;

- la previsione racchiusa nel c. 6 dell'articolo 11, secondo la quale, nelle more della preparazione e dello svolgimento delle gare le concessioni non interessate dai procedimenti di rinnovo conservano la loro validità sino al 31 dicembre 2025, non può che comportare «la cristallizzazione dello *status quo ante*», ponendosi in contrasto con le sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2021.

Tali considerazioni sono state inoltre riprese dal Presidente della Repubblica con nota indirizzata ai Presidenti di Camera e Senato e al Governo e pubblicata il 2 gennaio 2024 sul sito del Quirinale³⁹.

Il Capo dello Stato, dopo aver sottolineato l'importanza di tale provvedimento, in quanto rientrante in uno dei traguardi del PNRR, e la necessità di conseguire alla sua promulgazione con sollecitudine, ha invitato il Governo ed il Parlamento ad intervenire nuovamente su detto provvedimento, in ordine alle seguenti perplessità concernenti:

- il regime transitorio volto a far salve le concessioni già assegnate ai sensi del predetto articolo 181, c. 4-*bis*, rilevando la palese incongruenza «di prevedere una proroga automatica di durata superiore (12 anni) a quella delle nuove concessioni (10 anni)»;
- i criteri generali per il rilascio delle nuove concessioni, tali da favorire le c.c.d.d. microimprese e costituenti – di fatto – una barriera all'entrata per i nuovi operatori;
- infine, la critica più severa ha riguardato la norma contenuta nel predetto c. 6 dell'articolo 11, definita come «una disposizione di cui non sono chiare la *ratio* e l'impatto».

5. Conclusioni

Come sottolineato da illustri esperti e studiosi della materia, la libera concorrenza deve essere «interpretata come un canone guida della politica

³⁹ Cfr. *Lettera del Presidente della Repubblica inviata al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, e al Presidente del Consiglio dei Ministri*, 2 gennaio 2024.

economica sia dell'Unione europea che degli Stati membri». Tale interpretazione, pur non dovendosi intendere in maniera assoluta, si inserisce nella tutela del mercato unico europeo, interagendo e dialogando «con altri principi, quali le libertà economiche e i diritti sociali, ossia quei valori che costituiscono le forze gravitazionali attorno alle quali orbita il mercato interno⁴⁰». Alla stessa interpretazione, inoltre, porta la disamina del PNRR, ove si afferma che gli effetti della concorrenza si riallaccino perfettamente ad una prospettiva di eguaglianza sostanziale e di una più solida coesione sociale. Ciononostante, molto spesso il legislatore nazionale appare restio all'applicazione del diritto della concorrenza sulla base di non meglio qualificate ragioni di esigenza di giustizia sociale⁴¹ che appaiono peraltro estranee alla soggetta materia in cui la previsione di rinnovi generalizzati e proroghe ampie ha comportato rilevanti danni agli altri operatori di mercato, soprattutto in virtù dell'altissimo numero di imprese esercenti il commercio al dettaglio su aree pubbliche⁴², ove si registrano circa 160 mila imprese operanti nel settore, costituenti il 21% delle imprese commerciali italiane. Tanto più che, come accaduto di recente con riferimento al mercato delle concessioni marittime (nonché lacuali e fluviali)⁴³, vi è il rischio che le previsioni contenute nel regime transitorio, la previsione di avvio delle gare da parte dei comuni entro dieci mesi dall'approvazione della riforma del settore, nonché la disposizione di cui al comma 6, possano comportare una nuova procedura d'infrazione da parte della Commissione europea.

⁴⁰ Così M. ZOTTA, I. GUADAGNO E R. IUSTO, *La concorrenza nell'ordinamento*, in A. CATTICALÀ, C. EDOARDO CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, op. cit. p. 29.

⁴¹ Cfr. M. NUNZIATA, *La concessione dei posteggi per il commercio tra vincoli europei e certezza del diritto*, cit., nonché I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, per cui «la concorrenza è il grimaldello che la clausola dell'utilità, in ossequio all'art. 3, comma 2, Cost. può usare per fare entrare nel mercato le istanze di promozione sociale ad esso sottese. Questa può essere, in altre parole, lo strumento tramite il quale si consente al mercato di funzionare senza andare a ledere od ostacolare la realizzazione del benessere collettivo, che è l'obiettivo perseguito dal progetto di rinnovamento sociale che fonda il sistema costituzionale», in *Federalismi* n.8, 01 aprile 2020.

⁴² Cfr. report di Unioncamere-Infocamere sul commercio ambulante del 10 agosto 2023.

⁴³ Cfr. Commissione europea, Bruxelles, INFR(2020)4118 C(2023)7231 final – *Parere motivato indirizzato alla Repubblica italiana ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea in merito al quadro normativo che disciplina le autorizzazioni per l'utilizzo di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali per attività turistiche e ricreative*, 16 novembre 2023.

Infine, preme sottolineare come la questione contenga un profilo di interesse erariale, in quanto il rifiuto di procedure concorrenziali osta ad un eventuale aumento dei canoni da corrispondere per l'utilizzo del suolo pubblico, così da aggravare ulteriormente la questione finanziaria nella gestione dei beni pubblici⁴⁴.

Per cui, una volta tenuto conto dei benefici apportati dalla concorrenza nei servizi, ne deriva immediatamente l'auspicio che il nostro legislatore - qualunque colore politico esso possa avere - abbandoni le finalità meramente elettoralistiche e corporativistiche che ne hanno finora condizionato le scelte in modo da poter adottare norme volte a garantire la libera concorrenza e, nel contempo, a scongiurare il perpetuarsi di ingiustificate posizioni di rendita.

⁴⁴ S. CASSESE, *Titolarità e gestione dei beni pubblici: una introduzione*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici*, I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Milano, 2008 4, ove si «segnala la sproporzione tra vastità del patrimonio e pochezza dei frutti che esso assicura. Appare una contraddizione che un grandissimo proprietario immobiliare sia carico di debiti», chiedendosi «se i canoni di concessione debbano continuare ad essere fissati a livelli risibili».

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- | | |
|------|---|
| 2016 | LO STAUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI
a cura di Dario Farace |
| 2017 | IL MERCATO UNICO DIGITALE
a cura di Gianluca Contaldi |
| 2018 | LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta |
| 2019 | LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE
a cura di Alessio Persiani |

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

